

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Facultad de Derecho



**Análisis del Aborto Derivado de Casos de Violación Sexual dentro del Modelo
Jurídico Vigente en el Perú: Una Aproximación Desde los Fundamentos
Filosóficos del Artículo Primero de La Constitución Política del Perú.**

Tesis para optar el título de abogado que presenta el bachiller

JORGE HUMBERTO SANCHEZ PEREZ

Asesora: Dra. María Soledad Fernández Revoredo

Lima, 2011



A Nancy por ser mi fortaleza y empuje.
A Jorge por ser mi confianza y seguridad.
A Georgina por ser mi mejor amiga además de ser mi hermana.
A todos ellos en conjunto, por ser mi amada familia.



Agradecimientos

A mis padres y hermana por apoyarme siempre y ser tanto soporte como impulso a lo largo de mi vida académica. Por darme un hogar y por formarme en base a valores sólidos que perduraran conmigo a lo largo de la vida.

A mis amigos más cercanos, sin cuyo apoyo y constante afecto nunca hubiera entendido el significado del concepto familia mas allá de mi propia familia. A Melisa M., por re-enseñarme cosas que había olvidado. A Héctor por ser como un hermano para mí. A Pía, Claudia F., Claudia G., Jesarella, Isel, Sabrina y Martin por ser el mejor grupo universitario que alguien pueda tener. Por ser amigos y compañía, incluso en los momentos más difíciles. A Zuleik por todo el tiempo.

A Carlos E., Omar G., Enrique T. y Juan Manuel G. por ser amigos desde y para siempre. A Nadia, por comportarse conmigo como una hermana y como una amiga.

A Rafael Campos, Eduardo Hernando Nieto, Gonzalo Gamio, Elmer Arce, Miguel Ángel Polo Santillán y Carlos Villarroel por apoyarme a lo largo de estos últimos años de formación académica de una forma invaluable.

Al profesor Rochabrun, por darse el tiempo de introducir a un egresado de la facultad de derecho en las complejas redes de la sociología.

Un Especial agradecimiento a mi Asesora, la Profesora María Soledad Fernández Revoredo quien me inspiro a encontrar puntos relevantes para el debate académico desde perspectivas fuera de lo comúnmente aceptado y sin cuyo constante apoyo y supervisión no hubiera sido posible el desarrollo de la presente tesis.

A todos aquellos que de cualquier forma colaboraron en la realización de la presente tesis y que la mezquindad de la memoria humana no alcanza a recordar en el presente momento.



Introducción

Existen debates que nunca deberían dejarse de lado, especialmente dentro del ámbito académico. Tales debates fomentan tanto el desarrollo de la percepción crítica como la capacidad para entender el contexto en el cual el alumno es formado. Sin embargo, muchas veces la labor y el trabajo del día a día nos alejan de los mismos.

La presente tesis tiene por objetivo principal fomentar la discusión acerca de un tema que consideramos concierne tanto a abogados como a teóricos del derecho, el aborto derivado de casos de violación sexual. Resulta interesante notar como el debate sobre este tema se reduce constantemente a una batalla entre posturas que van desde la prohibición absoluta hasta la permisividad absoluta del supuesto mencionado, sin mediar la existencia de un marco de análisis que permitiría aportar luces a tal debate.

En ese sentido, la presente tiene por metodología partir de una breve exposición lógica de aquel marco filosófico que fuese adoptado por el poder político de turno y que vincula necesariamente toda discusión de corte jurídico. Consideramos que no correspondería analizar el supuesto del aborto, o de su sanción penal para ser más concretos, sin mediar un análisis previo del propio sistema sobre el cual se está trabajando.

De tal forma, se ha partido de la lectura de un pensador liberal que consideramos puede dar sentido y coherencia a las proposiciones plasmadas en nuestra ley constitucional, en función de poder articular lógicamente los diversos niveles bajo los cuales buscamos analizar el caso concreto. En ese sentido, consideramos necesario que todo alumno de derecho maneje de forma amplia, diversos conceptos de la teoría planteada por Immanuel Kant, cuyo aporte al derecho no se remite únicamente a postulados teóricos –que muchos pueden considerar desfasados–, sino por el contrario a muchas aplicaciones concretas con implicancia directa en los casos que se

presentan buscando solución por parte de la comunidad jurídica. El conocer estos aportes nos permitirá, entre otras cosas, entender cómo ciertos conceptos se vuelven tanto limitantes como promotores de determinados desarrollos conceptuales de índole jurídica.

Una vez que se determina el marco filosófico en el cual nos encontramos, pasamos a un segundo nivel de análisis, en el cual se procede a analizar qué postura con respecto al fin de la pena puede entenderse como coherente con respecto a la premisa filosófica original. En ese sentido, se procede a plantear una discusión con respecto dos posturas que actualmente se encuentran en pugna por obtener el título de **“postura predominante”** dentro de la denominada **“dogmática penal”**.

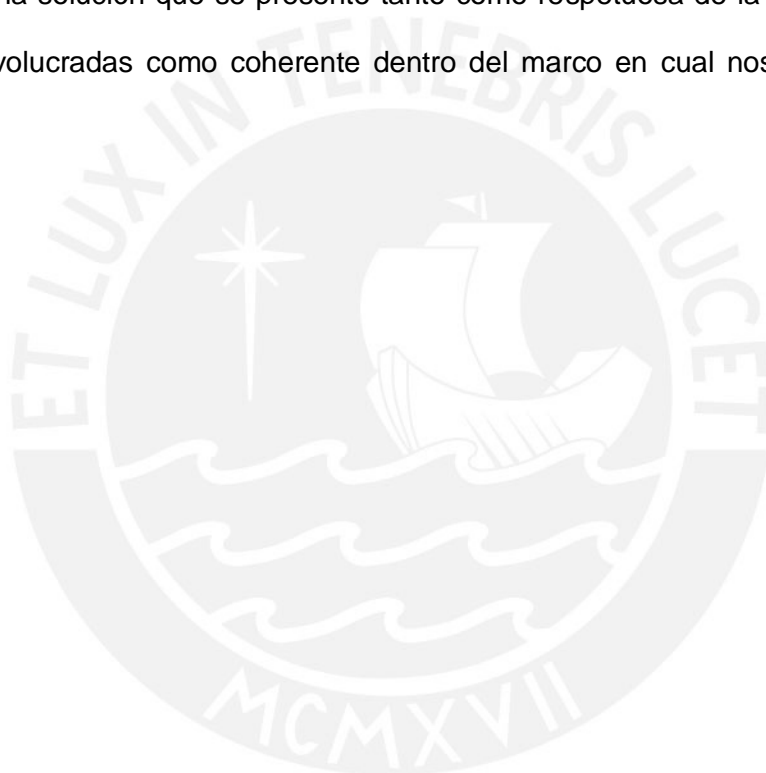
Tanto la teoría planteada por Claus Roxin, como la teoría planteada por Gunther Jakobs, serán analizadas desde su coherencia -o la inexistencia de esta- con el Sistema Jurídico Peruano. Cabe notar que la presente no busca ser una tesis que verse sobre derecho penal, sino más bien, sobre los alcances y límites del modelo filosófico que se establece como marco bajo el cual el derecho en sus diferentes ramas, incluida la penal, debe desenvolverse.

Así, una vez determinado el modelo filosófico predominante en nuestro ordenamiento, y el fin de la pena que pueda ser considerado como coherente con tal modelo, se procede a analizar el supuesto del aborto derivado de casos de violación sexual. Este supuesto, denominado como extremo a pesar de ser tan común en diversas partes del mundo, es tan relevante para el día a día del quehacer jurídico, que la falta de debate constante sobre el mismo termina por impedirnos apreciar todo el aparato sobre el cual deberíamos indagar de forma previa a dar una respuesta certera.

No debemos perder de vista que dentro de la práctica jurídica se presentará más de una situación capaz de proveernos de las aristas suficientes como para profundizar dentro del sistema en el cual nos encontramos inmersos. Será labor de cada uno de

nosotros, encontrar aquel gran esquema de las cosas incluso desde las perspectivas menos esperadas.

Cabe volver a mencionar que el objetivo de la presente tesis es traer a colación un problema común de la sociedad peruana y cuyo tratamiento implica tanto un compromiso con el estudio del propio modelo adoptado como un debate constante, que nunca debe alejarse de las aulas de nuestras facultades de derecho. No busca, por lo tanto, presentar una respuesta definitiva al problema planteado, solo presentarlo y optar por una solución que se presente tanto como respetuosa de la humanidad de las partes involucradas como coherente dentro del marco en cual nos encontramos inmersos.



Índice Analítico

PORTADA	PÁG. I
DEDICATORIA	PÁG. III
AGRADECIMIENTOS	PÁG. IV
INTRODUCCIÓN	PÁG. VI
ÍNDICE	PÁG. IX
 CAPÍTULO I: NOCIONES SOBRE DERECHO	 PÁG. 1
1. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO VIGENTE	PÁG. 2
2. EL MODELO FILOSÓFICO ADOPTADO CONFORME AL ARTÍCULO PRIMERO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ	PÁG. 4
3. EL PROYECTO KANTIANO	PÁG. 6
4. EL DERECHO DERIVADO DEL MODELO FILOSÓFICO ADOPTADO	PÁG. 16
5. EL DERECHO COMO SISTEMA DE GARANTÍAS	PÁG. 19
 CAPÍTULO II: EL FIN DE LA PENA Y EL BIEN JURÍDICO	 PÁG. 25
1. LOS FINES DE LA PENA EN LAS DOS CORRIENTES CONTEMPORÁNEAS MÁS RELEVANTES	PÁG. 29
2. EL FUNCIONALISMO SISTÉMICO DE GUNTHER JAKOBS	PÁG. 30
a. EL FUNDAMENTO DE JAKOBS DESDE NIKLAS LUHMANN	PÁG. 33
b. EL FUNDAMENTO HEGELIANO DE GUNTHER JAKOBS	PÁG. 40
2.1. ANÁLISIS CRÍTICO A LOS FUNDAMENTOS DE LA TEORÍA DE GUNTHER JAKOBS	PÁG. 44
a. LUHMANN Y LA SOCIEDAD	PÁG. 44
a.1. EXPECTATIVAS SOCIALES VS EXPECTATIVAS NORMATIVAS EN JAKOBS	PÁG. 46
b. HEGEL Y EL DERECHO	PÁG. 48
3. LA TEORÍA DIALÉCTICA DE LA UNIÓN	PÁG. 51
3.1. RETRIBUCIONISMO KANTIANO Y TEORÍA DIALÉCTICA DE LA UNIÓN	PÁG. 58
4. EL BIEN JURÍDICO	PÁG. 63
4.1. FUNDAMENTACIÓN AXIOLÓGICA DEL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO Y BIEN JURÍDICO PENAL	PÁG. 63
4.2. EL VALOR	PÁG. 64
a. AXIOLOGÍA A PRIORI O FORMAL	PÁG. 65
b. FENOMENOLOGÍA DEL VALOR	PÁG. 67
c. PSICOLOGÍA DEL VALOR, DE LA VOLUNTAD Y DE LA CONDUCTA VALORATIVA Y AXIOLOGÍA BASADA EN LOS CRITERIOS ECONÓMICOS Y BIOLÓGICOS DEL SER HUMANOS	PÁG. 68
4.3. EL BIEN	PÁG. 70
4.4. EL CONCEPTO DEL BIEN JURÍDICO EN LA PRESENTE TESIS	PÁG. 71
4.5. EL CONCEPTO DEL BIEN JURÍDICO PENAL EN LA PRESENTE TESIS	PÁG. 72
 CAPÍTULO III: ANÁLISIS DEL CASO DEL ABORTO POR VIOLACIÓN SEXUAL EN EL PERÚ	 PÁG. 76
1. EL ABORTO	PÁG. 77

2. EL ABORTO Y SU REGULACIÓN EN EL PERÚ	PÁG. 77
3. EL ABORTO POR VIOLACIÓN SEXUAL O “SENTIMENTAL”	PÁG. 80
4. POSTURAS EN CONTRA Y A FAVOR DE LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO SENTIMENTAL O POR VIOLACIÓN SEXUAL	PÁG. 80
4.1. POSTURAS EN CONTRA DE LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO POR VIOLACIÓN SEXUAL	PÁG. 80
a. EL DERECHO DEBE SATISFACER LAS EXPECTATIVAS NORMATIVAS DE LA SOCIEDAD EN MATERIA DE ABORTO	PÁG. 81
b. EL BIEN JURÍDICO “VIDA DEL CONCEBIDO” DEBE SER TUTELADO PENALMENTE DE FORMA INDISCUTIDA	PÁG. 83
4.2. POSTURAS A FAVOR DE LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO POR VIOLACIÓN SEXUAL	PÁG. 84
a. LA LIBERTAD DE LA MUJER PARA DECIDIR SOBRE SU CUERPO	PÁG. 84
b. EL NÚMERO DE ABORTOS ILEGALES EN EL PERÚ COMO REFERENCIA DE INUTILIDAD DE LA SANCIÓN PENAL	PÁG. 86
5. ANÁLISIS DE LAS POSTURAS CON RESPECTO AL ABORTO	PÁG. 87
5.1. ANÁLISIS DE LAS POSTURAS EN CONTRA DE LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO	PÁG. 87
a. ANÁLISIS DE LA POSTURA QUE DEFIENDE LA IDEA DE QUE EL DERECHO DEBE SATISFACER LAS EXPECTATIVAS NORMATIVAS DE LA POBLACIÓN EN MATERIA DE ABORTO	PÁG. 88
b. ANÁLISIS LA POSTURA DE QUE EL BIEN JURÍDICO VIDA DEL CONCEBIDO DEBE SER TUTELADO PENALMENTE DE FORMA INDISCUTIDA	PÁG. 89
5.2. ANÁLISIS DE LAS POSTURAS A FAVOR	PÁG. 90
a. ANÁLISIS A LA POSTURA QUE SOSTIENE QUE LA LIBERTAD DE LA MUJER PARA DECIDIR SOBRE SU CUERPO ES ABSOLUTA	PÁG. 90
b. ANÁLISIS A LA POSTURA QUE SOSTIENE QUE EL NÚMERO DE ABORTOS ILEGALES EN EL PERÚ COMO REFERENCIA DE INUTILIDAD DE LA SANCIÓN PENAL	PÁG. 92
6. EL ABORTO POR VIOLACIÓN SEXUAL BAJO LA LÓGICA DEL PRESENTE TRABAJO DE INVESTIGACIÓN	PÁG. 94
6.1. LA TÉCNICA DE LA PONDERACIÓN APLICADA AL CASO DEL ABORTO POR VIOLACIÓN SEXUAL	PÁG. 95
6.2. EL DISENSO LEGÍTIMO COMO POSIBLE LÍMITE A LA CONMINACIÓN DEL SUPUESTO PENAL DEL ABORTO POR VIOLACIÓN SEXUAL	PÁG. 103
a. ¿ES LA DESOBEDIENCIA CIVIL UNA SALIDA VIABLE A LA SANCIÓN PENAL DEL ABORTO?	PÁG. 104
b. CRÍTICA A LA TEORÍA DE LA DESOBEDIENCIA CIVIL	PÁG. 106
7. SOBRE EL DISENSO LEGÍTIMO EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA	PÁG. 108
CONCLUSIONES	PÁG. 111
BIBLIOGRAFÍA	PÁG. 115
ANEXO 1	PÁG. 119
ANEXO 2	PÁG. 123

CAPÍTULO I: NOCIONES SOBRE DERECHO

“...Si advertimos, pues, que la verdad consiste en la correcta ordenación de los nombres en nuestras afirmaciones, un hombre que busca la verdad precisa tiene necesidad de recordar lo que significa cada uno de los nombres usados por él, y colocarlos adecuadamente, de lo contrario se encontrara el mismo envuelto en palabras como un pájaro en el lazo; y cuanto más se debata tanto más apurado se verá. Por esto en la Geometría (...) comienzan los hombres por establecer el significado de sus palabras; esta fijación de significados se denomina definición, y se coloca en el comienzo de todas sus investigaciones....”

(Thomas Hobbes- El Leviatán)

Para llevar a cabo cualquier tipo de argumentación, es requisito indispensable poder definir de forma previa aquellas premisas en base a las cuales, se llegará posteriormente a determinadas conclusiones. Siendo esto una afirmación en la lógica, no podría ser diferente cuando se presente una investigación que verse sobre cuestiones de derecho. Es en ese sentido que el presente trabajo de investigación buscará definir en primer lugar, cual es la gran premisa sobre la cual se partirá en

función de poder mantener una argumentación constante y coherente a lo largo de la presente investigación.

Dentro de este marco lógico y en tanto la presente es una tesis para optar por el grado profesional de abogado, una vez concluida la preparación académica en Derecho, consideramos pertinente que aquella premisa sobre la cual versara todo el resto de la presente argumentación sea lo que el autor entiende por Derecho dentro del marco del ordenamiento jurídico peruano.

1. El Ordenamiento Jurídico Peruano Vigente

Si bien existen diversas definiciones de derecho y de ciencia jurídica, consideramos que no cabría hablar, de o sobre los mismos, fuera de un marco político y mucho menos fuera de un marco filosófico. Carlos Santiago Nino parece entender bien esta relación cuando indica que ***“la relación entre derecho y política parece obvia para un observador sin prejuicios teóricos, ya que todo el mundo entiende que el derecho de una sociedad varía de acuerdo con las relaciones de poder político que se dan en esa sociedad”***¹, remarcando de esta forma la existencia de una relación intrínseca entre *política* y *derecho*. Relación a la cual consideramos que fácilmente podría agregársele una arista más, la *filosofía*.

Entendiendo lo anterior, será en función al modelo filosófico que sea adoptado por una decisión política, que nos encontraremos ante uno u otro paradigma que desde ese momento se comportará como límite y como marco de acción para todo lo que denominemos como jurídico. Generando de forma tal, consecuencias relevantes para la vida de la sociedad y/o de los individuos que la conformen.

¹ SANTIAGO NINO, Carlos. Derecho, Moral y Política. Ariel. Barcelona. 1994. Pág. 11.

Siendo que esta relación (filosofía, política y derecho) se plantea como un supuesto de toda existencia social podemos empezar con un breve análisis del estado peruano, el mismo que desde el año de 1993 posee una constitución cuyo primer artículo nos indica que: **“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”**. Tal afirmación se conformará en un primer momento, desde la lectura dada en la presente, como la toma de postura política con respecto a un modelo filosófico determinado. Conforme lo indicado líneas arriba, no cabría -por lo tanto- argumentar temas relevantes al derecho peruano que fuesen planteados sin tomar en cuenta tal marco conceptual que resulta, qué duda cabe, vinculante.

Consideramos que si bien el análisis de los cómo y los porqués de tal propuesta política serían de sumo interés, no son relevantes para la presente investigación, en tanto el objeto de la misma es analizar la coherencia interna de un caso-problema concreto. Por lo anterior, asumiremos como presupuesto el modelo constitucional que ha sido plasmado por la autoridad² en un momento determinado de la historia del Perú y en tanto tal, debe ser asumido como eje del ordenamiento jurídico peruano, resultará entonces pertinente tomarlo como base del derecho en función de poder lograr una argumentación sistémica coherente, evitando de esta forma caer en cuestionamientos **ad infinitum** que no vendrían al caso en investigaciones de carácter jurídico.

Se deberá reconocer, sin desmedro de la argumentación a seguir, la existencia de un paradigma que vinculará el sentido de la presente investigación. Paradigma que será tanto sustento como fuente de sentido a la realidad en la cual nos encontramos³.

² Tal y como indicaría Schmitt en la apertura de su famoso texto “Political Theology”: **“Sovereign is he who decides on the exception” (Soberano es aquel que decide en el estado de excepción)**.

³ Sobre el tema del paradigma de base, consideramos pertinente la revisión del texto de Thomas Kuhn, La Estructura de las Revoluciones Científicas”. Fondo de Cultura Económica. México. Tercera edición. 2006. Pág. 70-71. En ese sentido podremos indicar que nos veremos

Procederemos de esta forma a presentar el modelo filosófico que consideramos , fuese políticamente planteado dentro del modelo constitucional adoptado, así como las consecuencias que lógicamente se reflejan en el modelo jurídico que se deriva de este. Con respecto a esto, cabe partir de un breve análisis del primer artículo de la constitución del Perú, para de esta forma poder identificar claramente el paradigma indicado líneas arriba.

2. El Modelo Filosófico Adoptado Conforme Al Artículo Primero De La Constitución Política Del Perú

Cuando nos referimos a un estado cuyo fin sea “**la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad**”, podemos afirmar que estamos frente a un modelo que se enmarcara en la premisa lógica de comprensión del valor del ser humano y de su consiguiente respeto. Para efectos de la presente tesis, esta premisa será entendida desde una perspectiva de tipo kantiana, en tanto se basa en el sujeto como **fin de toda función social** y en tanto será el respeto de su **dignidad** (cualidad esencial y moral) lo que motivará a todo el sistema. Se señala lo anterior, en tanto consideramos que los términos dignidad y persona humana, encuentran su mayor desarrollo racional desde la teoría filosófica de Immanuel Kant, autor que buscó presentar de forma lógica tales conceptos, superando de esta forma la visión ontológica de los mismos⁴, que lo precedió en la forma de las escuelas escolásticas.

La adopción de este modelo puede ser entendida -o justificada- de muchas formas, sin embargo, consideramos que tal adopción se manifestó como una respuesta lógica a la gran influencia que tuvo Immanuel Kant en las construcciones filosófico políticas a lo

inmersos en el paradigma del sujeto como regente de todo nuestro orden. Lo cual será tanto punto de partida como límite de nuestras investigaciones.

⁴ Véase a Santo Tomas de Aquino como representante de esta visión ontológica de la dignidad.

largo del siglo XIX y XX en Europa, las mismas que fueran heredadas por el pensamiento latinoamericano, directo tributario de las primeras⁵.

Cabe señalar, además, que el pensamiento de Kant se compagina a su vez con sucesos históricos de gran relevancia, que marcaron cambios de paradigma intelectuales en su momento y que fuesen planteados por los teóricos de su tiempo⁶. Sucesos tales como la revolución francesa con sus ideales de igualdad, libertad y fraternidad, la revolución de las 13 colonias en América, con negación de obedecer a una autoridad que no fuese impuesta por ellas mismas, etc. serían fundamento y correlato de estas propuestas teóricas, las mismas que calaron pronto en el gusto de los movimientos independentistas americanos a finales del siglo XVIII, afectando desde ese entonces la mentalidad de los intelectuales latinoamericanos.

Ya en pleno siglo XX nos encontramos frente a sucesos mundiales de gran importancia que obligaran a repensar la forma y los modelos adoptados con anterioridad. Sucesos tales como la segunda guerra mundial, con sus nefastas consecuencias, la creación de las naciones unidas, el auge y caída del régimen soviético con sus radicales medidas sobre sus propios ciudadanos, etc. Tales plantearon la necesidad de repensar los modelos políticos adoptados, en tanto y en cuanto, se podía afirmar sin mayor duda que las visiones anteriores habían fallado para proteger a la humanidad en toda su extensión.

⁵ Confróntese lo señalado acá con lo postulado por Guido Fasso en su magistral texto “Historia de la Filosofía del Derecho” Vol. 2, donde indica que el pensamiento jurídico político de Kant no tuvo la relevancia que sí tuvo su crítica al conocimiento, lo cual no es desmerito de ningún tipo para el genial Kant en sus palabras, pero apreciación con la que no estamos de acuerdo.

⁶ Se podría decir que Kant recoge de forma coordinada y coherente, las corrientes que estaban en pleno auge en el mundo y que a su vez, respondían a problemas más contemporáneos y que las visiones antiguas de la filosofía no podían responder de forma satisfactoria. Tenemos así el pensamiento de Hobbes, Montesquie y el de Rousseau, como una línea coherente de pensadores que proponían un cambio en la manera de ver el mundo y por ende, al derecho.

Es dentro de este contexto, en el cual el estado Peruano se enmarca en los años 90s y en el cual se optó por un modelo que tomará a la dignidad de la persona humana como fundamento del orden político a predominar⁷, con la esperanza de que este modelo se asumiera, a su vez, como un mínimo bajo el cual no podría actuarse sin entrar en directo conflicto con la especie humana misma (en su totalidad/o el sujeto trascendental Kantiano).

Para comprender las consecuencias del modelo adoptado y su vinculación con problemas actuales, consideramos necesario plantear el esquema intelectual al cual se sujeta esta visión de la razón humana y su complejidad, esto en función de poder acceder a los siguientes niveles de argumentación en la presente investigación, tales como el concepto de derecho a manejar en la presente.

3. El Proyecto Kantiano

Partiendo de la anterior premisa debemos señalar, en primer lugar, que el planteamiento de este autor tenía como objetivo el romper la subordinación “**dogmatica**” a la razón que había predominado durante largo tiempo en los filósofos, lo anterior en tanto que esta “**subordinación**” limitaba la capacidad de comprensión del propio ser humano y del mundo mismo. Es así que el autor propone pasar de la subordinación “**dogmatica**” a la subordinación “**crítica**”, es de decir, no creer en la razón por el mero hecho de ser razón, sino porque así lo indicaba el análisis indubitable que sobre la misma, debía ejercer la propia razón. Debemos entender de tal manera, y de forma previa al análisis de las consecuencias jurídicas de esta teoría, que la racionalidad kantiana esta indiscutiblemente ligada a su ética. En tanto la razón es **una y la misma** razón que nos proporciona conceptos tales como espacio y

⁷ Se indica así en la declaración de los derechos humanos de 1948, artículo 1º: **“Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”**, donde podremos apreciar de forma clara la adopción de un paradigma filosófico basado en la dignidad humana como predominante.

tiempo, debemos notar que será la razón igualmente, aquella que llegue a conceptos tan relevantes como el de *libertad*.

Kant parte de la necesidad de plantear una metafísica que revisara el pensamiento filosófico previo a él, es decir, el pensamiento filosófico donde ***el punto de partida había sido el objeto, corrigiendo el cauce del mismo al enfocarlo en el sujeto***⁸. La consecuencia más clara de trasladar el centro de la perspectiva filosófica del objeto al sujeto, será que el pensamiento (racional en tanto humano) se convertirá desde ese momento en el juez y legislador de la realidad objetiva.

Sin embargo, Kant no dejó de notar el hecho de que debido a que ahora el sujeto sería aquel que dé sentido al objeto, la metafísica a desarrollar debería tener el rigor de las ciencias naturales, ya que esta tendría por misión el consolidarse como fundamento a todas aquellas⁹. De tal forma, Kant entenderá por ***Metafísica*** aquel “...***conocimiento especulativo de la razón, enteramente aislado, que se alza por encima de las enseñanzas de la experiencia, mediante simples conceptos (...), y en donde, por tanto, la razón debe ser su propio discípulo...***”¹⁰, entendiendo este como aquel conocimiento que no requiere de lo empírico para ser conocido, sino de un escrutinio interno, una ***crítica*** de la propia razón por medio de la cual, al haber sido correctamente empleada, se obtendría este ***saber a priori***.

⁸ Este punto resulta fundamental en función de comprender las implicancias posteriores a cualquier argumentación que tenga relevancia jurídica dentro de este marco teórico. En tanto se da un presupuesto, sujeto sobre objeto, que se presentara tanto como vínculo como límite, con respecto a las teorías jurídicas que se presenten posteriormente.

⁹ De tal forma se puede apreciar su búsqueda de certeza científica cuando se pregunta el autor en su texto “Introducción a los Prolegómenos a Toda Metafísica Futura” sobre esta “...***Si es una ciencia verdadera ¿de dónde viene, ya que como las demás ciencias no puede obtener un asentimiento universal y duradero? Si no es una ciencia ¿Cómo es que afecta siempre la apariencia de una ciencia y que nutre el espíritu humano de una esperanza incesante y jamás satisfecha? Que se demuestre que la metafísica es o no es una ciencia, en todo caso es necesario establecer alguna cosa cierta sobre esta imaginada ciencia, pues es imposible permanecer mas tiempo en una situación semejante a este respecto...***”. En KANT, Immanuel. *Crítica de la Razón Pura y Prolegómenos de toda Metafísica Futura*. Editorial Florida. Buenos Aires. 1950. Pág. 376.

¹⁰ KANT, Immanuel. *Crítica de la Razón Pura y Prolegómenos de toda Metafísica Futura*. Editorial Florida. Buenos Aires. 1950. Pág.24.

Sobre este trabajo de **crítica** nos señala el autor que: “...**la razón se haya como en estado de naturaleza, sin poder hacer valer o asegurar sus tesis y sus pretensiones de otra forma que mediante la guerra. La crítica, en cambio, que deriva todas sus decisiones de las reglas básicas de su propia constitución, cuya autoridad nadie puede poner en duda, nos proporciona la seguridad de un estado legal en el que no debemos llevar a delante nuestro conflicto más que a través de un proceso...**”¹¹.

Nótese acá la interesante referencia al estado de naturaleza -de corte Hobbesiano- en el cual una razón desbocada se encontraría previamente a ser analizada de forma **crítica**, poniendo de relevancia la necesidad de este tipo de práctica, la crítica, para pasar a un nivel **civilizado** de **razón, para pasar al Estado Civil**.

En ese sentido, el trabajo que realiza Kant durante su primera Critica (Critica de la Razón Pura) es el de determinar aquellas condiciones (a priori) que **EL SUJETO** coloca a la realidad objetiva y que a su vez le permiten captar los fenómenos, haciendo hincapié en el hecho de que lo único que podemos “captar” de forma empírica son fenómenos mas no la **cosa en sí**¹². La razón del sujeto, podríamos decir, se va elevando poco a poco¹³, alcanzando cada vez construcciones mas y mas complejas. Es así que se desarrollan unidades progresivas, que en términos del profesor Miguel Ángel Polo Santillán¹⁴, como el de “yo transcendental” hasta ideas de la razón pura como **Dios, Libertad e Infinitud**.

¹¹ KANT, Immanuel. Critica de la Razón Pura y Prolegómenos de toda Metafísica Futura. Editorial Florida. Buenos Aires. 1950. Pág. 517

¹² Sobre la racionalidad practica kantiana en comparación con la racionalidad aristotélica, véase el trabajo del profesor Miguel Ángel Polo Santillán “Ética y Razón Práctica”. Editorial Loto Blanco. Lima 2009.

¹³ Si bien este tipo de “elevación” podría considerarse más para términos Hegelianos, consideramos que la idea de ir superando los límites propios de la razón, podría replicarse acá también.

¹⁴ Véase nota 13.

Remarcando que acá estamos hablando de una razón AUTODETERMINANTE y que da sentido al mundo, más no a una razón vinculada por este. El sentido que este último -el mundo- toma, es otorgado por la primera -razón-. Procede el autor a indicar que los conceptos puros, son necesarios para los ***“fines más esenciales de la razón”***, lo cual se justificaría en tanto le permiten al sujeto, pensar en el todo y en su posibilidad permitiendo a la larga, obtener conexiones tales como la lógica o la matemática para intentar explicarlos. Prosigue señalando una diferencia que resultará fundamental, aquella que se da entre entendimiento y razón. Donde el entendimiento será La ***“capacidad que tenemos de pensar los objetos dados por la sensibilidad”***¹⁵, mientras que la razón será la ***“facultad que suministra los principios del conocimiento a priori. Por eso razón pura es aquella que contiene los principios para conocer algo absolutamente a priori”***¹⁶.

Así, mientras que el entendimiento será la fuente de las ideas puras (aquellas llamadas constitutivas) y de las categorías (intuiciones sensibles a priori) - ambas pensables pero no cognoscibles-, será la razón la fuente de las ideas trascendentales¹⁷ (llamados conceptos regulativos). Podemos entonces relacionar el entendimiento con la capacidad especulativa de la razón, mientras que la razón podrá ser relacionada con la capacidad práctica de la misma razón¹⁸.

¹⁵ KANT, Immanuel. Crítica de la Razón Pura y Prolegómenos de toda Metafísica Futura. Editorial Florida. Buenos Aires. 1950. Pág.53.

¹⁶ KANT, Immanuel. Crítica de la Razón Pura y Prolegómenos de toda Metafísica Futura. Editorial Florida. Buenos Aires. 1950. Pág.53.

¹⁷ Crítica a la razón práctica pag. 266

¹⁸ Si bien Kant hace uso del término razón en diferentes modos a lo largo de toda su obra, es claro que se refiere a una única razón que actúa de diferente forma en diferentes momentos. Podría presentarse la relación, para efectos didácticos, con el entendimiento agente y el entendimiento paciente aristotélicos, los cuales, siendo solo un entendimiento, actuaban en momentos diferentes conforme el conocimiento era asimilado.

Es en ese sentido que ***el valor de las ideas de la razón, no es poca, porque determina los límites de la razón***¹⁹. Cabe entender acá, que al haber logrado llegar a estas ***ideas***, lo único que podría hacer la propia razón (**autónoma en tanto logra prescindir del mundo fenoménico**), es fundar el orden del objeto (mundo), bajo ellas, en tanto conceptos puros y por ende, perfectos. Pudiendo ahora dar el siguiente paso, en el cual serán las ideas, aquellas que fundamenten el orden del mundo.

En otras palabras, debido a que estas ideas pensables pero no conocibles serán aquellas que guíen toda la razón, no cabría que el mundo mismo (**al cual la razón da sentido**), tenga leyes que no sean derivadas de tales ideas. Con respecto a ***qué*** idea vinculará particularmente las leyes que demos al orden natural, el autor bajo referencia nos referirá a uno de los tres conceptos puros que han sido alcanzados por medio de la razón en su forma especulativa y ese concepto es **“La libertad”**²⁰.

Los problemas con los que se enfrentó el propio autor con respecto al desarrollo de este concepto no eran simples, como el mismo pudo darse cuenta. El definir el concepto de libertad o siquiera plantear el marco en el cual el mismo se presentaba como vinculante para el mundo fenoménico, presentó a su vez dos diferentes problemas, el primero de tipo fenomenológico y causal: ***“...sea cual sea el concepto de libertad que se llegue a formular de forma metafísica, las manifestaciones de la misma, (es decir) las acciones humanas, se hallan, sin embargo, determinadas según leyes generales de la naturaleza, de igual manera que todo otro fenómeno natural...”***²¹. Siendo el problema acá, el **cómo** escapar a la causalidad que nos vincula y que nos esclavizaría a un mundo material.

¹⁹ POLO SANTILLÁN, Miguel Ángel. “Ética y Razón Práctica”. Editorial Loto Blanco. Lima 2009. Pág. 42

²⁰ Nos referimos en este sentido a la **Libertad Trascendental**, en tanto concepto puro.

²¹ Traducido del texto: “...whatever conception of the freedom of the will one may form in terms of metaphysics, the will’s manifestation in the world of phenomena, i.e. human actions, are determined in accordance with natural laws, as is every other natural event...” tomado del

Mientras que el segundo será de orden lógico derivado de la propia naturaleza humana: ***“...el hombre es un animal que, cuando vive entre otros de su misma especie tiene necesidad de un amo, pues abusa ciertamente de su libertad con respecto a otros semejantes suyos; y aunque, como criatura racional, desea una ley que ponga límites a la libertad de todos, sin embargo su egoísta inclinación animal le conduce a exceptuarse a si mismo siempre que puede. Necesita pues un amo que quebrante su propia voluntad y le obligue a obedecer a una voluntad universalmente valida, con el fin de que cada cual pueda ser libre. Pero ¿de dónde sacará este amo? De ninguna otra parte sino de la especie humana. Pero este amo es igualmente un animal que necesita un amo. El hombre puede proceder como quiera; no se puede concebir como podría procurarse un jefe de la justicia pública que sea él mismo justo; puede buscarlo en una sola persona o en una sociedad de personas escogidas al efecto. Pues cualquiera de ellos abusara siempre de su libertad si no tiene por encima a nadie que ejerza poder sobre ellos según leyes. El jefe supremo debe ser justo por sí mismo y, sin embargo, un hombre. Por eso esa tarea es la más difícil de todas, incluso su solución perfecta es imposible: con una madera tan torcida como aquella con que está hecho el hombre, no se puede tallar nada completamente recto...”***²² .

Ensayo “Idea for a Universal History with a Cosmopolitan Purpose”. Kant Political Writings. Edited By H.S. Reis. Cambridge University Press. Cambridge. Pag. 41.

²² Traducido del texto: “...Man is an animal which, if it lives among others of its kind, requires a master. For he certainly abuses his freedom with respect to other men, and although as, a reasonable being he wishes to have a law which limits the freedom of all, his selfish animal impulses tempt him, where possible, to exempt himself from them. He thus requires a master, who will break his will and force him to obey a will that is universally valid, under which each can be free. But whence does he get this master? Only from the human race. But then the master is himself an animal, and needs a master. Let him begin it as he will, it is not to be seen how he can procure a magistracy which can maintain public justice and which is itself just, whether it be a single person or a group of several elected persons. For each of them will always abuse his freedom if he has none above him to exercise force in accord with the laws. The highest master should be just in himself, and yet a man. This task is therefore the hardest of all; indeed, its complete solution is impossible, for from such crooked wood as man is made of, nothing perfectly straight can be built...” tomado del Ensayo “Idea for a Universal History with a Cosmopolitan Purpose”. Kant Political Writings. Edited By H.S. Reis. Cambridge University Press. Cambridge. Pag. 41.

Siendo la dificultad a superar en este punto, sino mayor, igual de compleja que la anterior, ¿cómo? hablar de libertad si es que la misma no puede ser compatible con la naturaleza humana misma.

Empieza así el autor a tratar tales problemas en su trabajo, buscando superar ambas dificultades; tanto la limitación fenomenológica del ser humano, como la limitación de la practica humana misma, la cual ha demostrado no ser digna de confianza.

Sobre tal punto, nos indica en la Crítica de la Razón Práctica que: ***“la crítica especulativa se esforzó en dar a los objetos de la experiencia como tales, y entre ellos, a nuestro propio sujeto, el valor de meros fenómenos, en ponerlos, sin embargo, como fundamento, cosas en sí y, por consiguiente, en no considerar todo suprasensible como una ficción y su concepto como falto de contenido, y ahora, en cambio la razón práctica por sí misma y sin haberse concertado con la especulativa, proporciona realidad a un objeto suprasensible de la categoría de la causalidad, a saber, a la libertad, y confirma, pues, así, por medio de un hecho, lo que allí solo podía ser pensando”²³.***

“La libertad” entonces, se convertirá en el concepto puro que de sustento a la moral, debido a que el uso Practico de la Razón, no es otra cosa que todo lo que es posible mediante la libertad. Es decir, es gracias al concepto de libertad, que el hombre puede aplicar la razón al mundo y darle sentido así al todo. No siendo por el contrario verdadero que el hombre tenga que derivar alguna ley de la propia naturaleza, siendo que esto sería verse como **esclavo del plano fenoménico**, cuando el hombre existe (en un nivel trascendental) en el plano nouménico.

²³ En KANT, Immanuel. Crítica de la Razón Práctica, Crítica del Juicio, Metafísica de las Costumbres. Editorial El Ateneo. Buenos Aires. 1951. Pág.11

Señala Schelling de forma magistral que: ***El problema de la libertad trascendental ha tenido, desde siempre, el triste destino de ser siempre malentendida y replanteada una y otra vez. Incluso después de que la Crítica de la Razón Pura arrojava una luz tan grande sobre él, no parece hasta ahora haber sido determinado con suficiente agudeza el verdadero punto de litigio. La disputa real no versó jamás sobre la posibilidad de libertad; porque un absoluto excluye por su mismo concepto toda determinación por una causalidad externa.***²⁴

Por lo anterior, cuando hablemos de la **“libertad”** en términos Kantianos, nos referiremos a la misma como la **NO VINCULACIÓN NECESARIA A LA CAUSALIDAD DEL MUNDO FENOMÉNICO**, mas no en el sentido usualmente se le relaciona con un *derecho o potestad* humana. Sin embargo, el sentido de la libertad en Kant, **No Es El Sentido De La Libertad Como Derecho.**

Sobre esa idea, podríamos poner el ejemplo de la esclavitud en el sentido histórico de dominación de un hombre a otro. Si fuese el hombre un ser vinculado al plano fenoménico, entonces el hombre tendría que deducir leyes del mismo, donde podría a su vez deducir la ley de que la esclavitud humana es ley universal, en tanto se ha dado a lo largo de la historia.

Entonces, queda claro que un concepto absoluto no podría ser afectado por la causalidad, siendo que el mismo tiene que afectar el mundo, pero jamás podrá ser afectado por él. De esta forma podemos entender que a pesar de que a lo largo de la historia humana se hayan presentado casos tales como la esclavitud, los genocidios, las violaciones sexuales en masa, etc. ninguna ley de la razón podría derivarse de ese hecho, porque precisamente, los hechos (fenómenos) no afectan las ideas. Estos

²⁴ Cita del texto Schelling, FWJ. Historische Kritische Ausgabe. Vol II. 1980. Traducida por Fernando Pérez-Borbujo Álvarez, en su libro “Schelling: El sistema de Libertad”. Editorial Herder. Barcelona. Pág. 43.

tendrán, eventualmente y luego de que el ser humano haya logrado edificar su razón sobre cimientos sólidos, que adaptarse a las últimas.

No se dice acá que las leyes prácticas empíricas no afecten al ser humano, si lo hacen, sin embargo, lo que plantea Kant es que si bien el hombre en su función fenoménica debe verse vinculado a estas, será la razón (en tanto existente en el propio plano nouménico) aquella que no podría jamás verse vinculada por el **ser**, ya que ella prescribe lo que **deberá ser**.

Como último punto a tratar en este apartado, cabría mencionar el concepto presente en el artículo primero de la constitución, el mismo que nos llevo a hablar en clave kantiana de tal documento político, nos referimos a **la dignidad**. En tanto nos referimos a seres humanos, tenemos que hacer alusión a aquella cualidad que Kant considera esencial para poder hablar del “valor” del mismo. Nos referimos por supuesto a la “Dignidad”.

Como hemos venido presentando a lo largo del presente capítulo, será la capacidad de **determinación autónoma del arbitrio** lo que nos otorgará el grado de **libertad** (en su sentido positivo libertad trascendental). Lo anterior debido a que en tanto entes racionalidades, somos seres capaces de desarrollar normas vinculantes y universales (***imperativos categóricos***) desde la propia razón, para guiar nuestro arbitrio.

Sin embargo, la pregunta que quedaría aun sin responder, es ¿a que nos referimos por **dignidad** en el presente modelo? Tal pregunta encuentra su respuesta más clara estará en la ***Fundamentación De La Metafísica De Las Costumbres*** donde Kant, mediante el uso de comparaciones económicas, nos presenta una dicotomía en función de explicarla. Señala que: ***“En el reino de los fines todo tiene o un precio o una dignidad. En el lugar de lo que tiene un precio puede ser puesta otra cosa***

como equivalente; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio, y por tanto no admite nada equivalente, tiene una dignidad”²⁵.

En tanto los sujetos sean capaces de proponer normas de carácter universal para guiar sus vidas, estamos hablando de sujetos racionales y por ende de sujetos dignos. Tendremos así, que la dignidad deberá ser entendida como una cualidad humana, que, tendrá que ser tomada en cuenta a la hora de desarrollar relaciones intersubjetivas.

4. El Derecho Derivado Del Modelo Filosófico Adoptado

En el presente punto, presentaremos el modelo que lógicamente se deriva del modelo filosófico adoptado políticamente bajo el cual nos regimos. Teniendo en cuenta que somos seres libres y capaces de dictar nuestras propias leyes (autónomos), cabe preguntar cómo debemos entender el derecho.

Conforme a lo anterior, cabe plantear en primer lugar la separación conceptual entre derecho y moral, distinción que será fundamental para un posterior planteamiento acerca de los límites del primero con respecto a los individuos dentro del **Estado (o sociedad civil)**.

La distinción entre moral y derecho radicarán, para Kant, en el origen de la obligatoriedad del cumplimiento de sus normas, es decir, se procederá a diferenciar uno de otro conforme a la naturaleza de sus “manifestaciones”. Entendiéndose así,

²⁵ En Kant la idea de reino de los fines será aquel reino donde se encuentre un conjunto de seres racionales, capaces de considerarse a sí mismos legisladores universales (que se guíen por medio de imperativos categóricos) mediante todas las máximas de su voluntad para, desde este punto de vista, juzgarse a sí mismos y enjuiciar sus actos. Este reino, será un reino de fines, porque ahí las relaciones entre los sujetos serían relaciones basadas en leyes que tomen a los sujetos como fines y no como medio, debido a su propia racionalidad (la cual le daría a saber que los hombres no son medios). KANT, Immanuel. Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Traducción de José Mardomingo. Editorial Ariel. Barcelona.1999. Pág. 195.

que la moral vincula desde el fuero interno, mientras que el derecho lo hará desde el fuero externo. Esta diferencia puede ser comprendida a su vez, como una obligatoriedad del cumplimiento de las normas morales en tanto su conformidad con el valor intrínseco de las mismas, mientras que la obligatoriedad de las normas jurídicas radicará en la conformidad con el valor externo de las mismas.

De tal forma, al referirnos a una vinculación normativa de carácter interno, hacemos alusión a la vinculatoriedad de la norma en tanto es **“buena en sí misma”**. Tal **“bondad”** intrínseca, se relacionará a su vez con el concepto del **deber** Kantiano, el mismo que para serlo deberá alejarse de todo impulso motivado por los sentidos²⁶ o por cualquier cálculo de consecuencias²⁷ de la acción a realizar. Será en estos términos, **interno** y **deber**, en los cuales nos referiremos a una norma de carácter moral.

Entendiendo que para serlo, esta deberá ser ley por sí misma, sin buscar mayores fines que el cumplimiento de la misma por el citado **“deber”**, que a su vez se correspondería a un “correcto” uso de la razón. Estaremos entonces, ante aquellas estructuras conocida como **“imperativos categóricos”**²⁸.

Con respecto al derecho, procederemos a continuación a indicar el por qué del carácter vinculante de las normas jurídicas, entendiendo las mismas como manifestaciones del mismo. En base a lo anterior empezaremos señalando que, **no**

²⁶ En tanto los mismos no son sujetos de confianza, ya que se vinculan a leyes de la naturaleza no leyes universales cognoscibles por medio de la razón.

²⁷ Ya que el hacer un cálculo sobre las consecuencias de una acción, implicaría entender que el deber no responde a un fin en sí mismo (bueno), sino que respondería a una visión de utilidad material de la misma.

²⁸ Define Kant de esta manera al Imperativo Categórico: **“...El imperativo categórico sería el que representase una acción por sí misma, sin referencia a ningún otro fin, como objetivamente necesaria (...) El imperativo categórico que, sin referencia a propósito alguno, es decir, sin ningún otro fin, declara la acción objetivamente necesaria en sí, tiene el valor de un principio apodíctico-práctico ...”**. En KANT, Immanuel. Crítica de la Razón Práctica, Crítica del Juicio, Metafísica de las Costumbres. Editorial El Ateneo. Buenos Aires. 1951. Pág. 499-500

existirá un **“deber”** de obediencia de las mismas en el mismo sentido del párrafo anterior, en tanto que no son vinculantes debido a ser un producto de la razón aplicada o escrudiñada de forma **crítica** no siendo, por tanto, leyes en sí mismas sino medios cuyo fundamento es el obtener la consecución de algo mas a partir de la mismas, mientras que como señalamos en el primer tipo de normas (morales) estas no tendrían mayor fin que ser cumplidas en sí mismas. Estamos en este punto, frente a un tipo de **“imperativo hipotético”²⁹**, en tanto su fundamento tiene por fin la consecución de algo mas a partir de las mismas.

Consideramos pertinente señalar, que el cumplimiento de las leyes (imperativos hipotéticos) será igual de moral que el de los imperativos categóricos, por una simple razón, porque es gracias al cumplimiento de los mismos, que nos mantenemos por sobre un estado de naturaleza³⁰ y en un estado civil.

Ya diferenciados ambos campos, partiremos indicando que cuando Kant habla sobre derecho, nos señala que la investigación que realiza sobre el mismo (el derecho), está vinculada a encontrar aquel criterio de **justicia** que pueda, a su vez, ser considerado como un criterio carácter universal para evaluar cualquier sistema que busque tener ese nombre. Procede a indicar que el derecho analizado a la luz de la razón, posee tres características claves:

1. Es intersubjetivo, en tanto el derecho hace referencia a la relación práctica y externa de un sujeto con respecto a otro sujeto.

²⁹ Define Kant de esta manera al Imperativo Hipotético: **“...El imperativo hipotético dice solamente que la acción es buena para algún propósito posible o real. En el primer caso es un principio problemático-práctico; en el segundo caso es un principio asertórico-práctico...”** En KANT, Immanuel. *Crítica de la Razón Práctica*, Crítica del Juicio, Metafísica de las Costumbres. Editorial El Ateneo. Buenos Aires. 1951. Pág. 500

³⁰ Se puede apreciar este punto en la segunda parte de la doctrina del derecho que aparece en la “Metafísica de las Costumbres”. KANT, Immanuel. “La metafísica de las costumbres” traducción y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho. Tecnos. Madrid. 1989. Pág. 140

2. Es una relación simultánea entre dos arbitrios, es decir, dos voluntades con conciencia de su propia capacidad para obtener el objeto de su deseo (aquello que llevó a la relación en un primer lugar).
3. El objeto sobre el cual se presenta esta relación no es relevante en tanto el actuar de los sujetos parte de la relación, guarden coherencia con la ley universal de respeto por la libertad.

Tenemos entonces que para Kant el derecho será: ***“...el conjunto de las condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad...”³¹***.

Queda entonces la pregunta “¿cuáles serán aquellas condiciones por las cuales el arbitrio de cada uno puede armonizarse con el arbitrio de los demás?” ya que en tanto el derecho será eso, no podríamos avanzar sin presentar un modelo que respondiese a tal pregunta. Entendiendo que actualmente nos encontramos bajo un marco constitucional que nos vincula, consideramos que deberán buscarse tales condiciones en el mismo marco.

5. El Derecho Como Sistema De Garantías

Sobre el modelo Kantiano de derecho se han planteado muchas críticas. Principalmente se le acusa de ser una visión del derecho de corte formal, sin contenido ético. Sin embargo, se pierde de vista el punto clave de su propia argumentación sobre el mundo. La posibilidad de regirnos (en tanto la razón es auto determinante) por normas dadas por nosotros mismos de forma a apriorística.

Esta posibilidad de entender el derecho como un sistema de normas dadas apriorísticamente, se interpreto en un primer momento como la posibilidad de dar un

³¹ KANT, Immanuel. “La metafísica de las costumbres” traducción y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho. Tecnos. Madrid. 1989. Pág. 39.

sistema de normas que garantizara que las leyes dadas respetaran una formalidad en cuanto a su producción. Es decir, se entendió que en tanto la producción normativa cumpliera con el requisito de fundarse en leyes dadas apriorísticamente, las mismas tendrían **validez**.

Tal y como veríamos en la teoría pura del derecho de Kelsen, quien sin dejar de ser Kantiano, asumía que en tanto se garantice la validez de forma en el derecho, se respondería a una situación de igualdad y no abuso.

El modelo anterior, respondía entonces a lo que se conoció como un **Estado de Derecho** y que a su vez, era defendido por teóricos del positivismo tales como el mismo Hans Kelsen y su discípulo Herbert Hart. Sin embargo, con el surgimiento de la denominada corriente “neo constitucionalista” o “constitucionalista contemporánea”, la situación cambio.

Luego de los sucesos de la segunda guerra mundial en los 40s y 50s y debido a los grandes cambios sociales ocurridos en los años 70s y 80s, se empezó a reconocer que la validez de las normas no podía fundarse en su origen formal y el respeto del mismo. Es por ello que, argumentando la misma libertad de autodeterminación de la razón que permitía darle forma al proceso de desarrollo normativo, se empezó a hablar de una validez que no solo respetará sino que además, tuviera que relacionarse necesariamente con un contenido. En otras palabras, se paso a un estado constitucional de derecho.

En el modelo constitucional de derecho, la constitución no solo garantizaba una **validez formal** de las normas emitidas dentro del estado, sino que, requería que las mismas tuvieran a su vez una **validez material**. Siendo que en la actualidad, la validez

de una norma se verificara tanto por el análisis de su origen (formal) como por el contenido de la misma (material).

Señala así la profesora Carla Faralli: ***“...la constitución ya no es sólo el fundamento de autorizaciones y marco del Derecho ordinario. Con conceptos tales como los de dignidad, libertad, igualdad y Estado de derecho, democracia y Estado social, la Constitución proporciona un contenido substancial al sistema jurídico. Esta circunstancia se materializa en la aplicación del Derecho a través de la omnipresencia de la máxima de proporcionalidad, y en una tendencia ínsita a reemplazar la subsunción clásica de los hechos en reglas jurídicas, por una ponderación que sopesa valores y principios constitucionales...”***³².

Cabe notar que todo este cambio; y el darle contenido al sistema que únicamente respondía a criterios formales, no negarían la premisa Kantiana que fuese adoptada por el propio sistema, por el contrario, se afirma en ella. Al haber sido la misma razón, aquella que nos da las herramientas para determinar a priori las leyes que ***“deben”*** regir el ordenamiento jurídico y aquella que apriorísticamente nos da el contenido que ***“deben”*** tener todas las normas partes del sistema.

Así, no porque en la practica el ser humano sea abusado y tratado como mero medio con un valor de mercado, implicaría que este no posee dignidad, el concluir lo anterior seria precisamente fundar el orden en el ser y no en el deber ser. El ser humano tiene dignidad en tanto somos “libres” para legislarnos más allá del plano fenoménico, derivando nuestras leyes de la propia razón, mas no de los hechos.

³² FARALLI, Carla. “La Filosofía del Derecho Contemporáneo”. Traducción por María José Falcón y Tella y Juan Antonio Martínez Muñoz. Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires. Pág. 85.

Entendemos de esta forma, que el paso del estado de derecho, al estado constitucional de derecho, representará entonces entender el derecho como el sistema de garantías que vincule tanto formal como materialmente a las normas dadas por aquellos que actúen como legisladores en un determinado estado, tal y como se señalo en el artículo 16 de La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 donde se aprecia que ***“toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada no existe Constitución, porque sin garantía los derechos fundamentales nos son derechos”***.

Tal artículo nos permite apreciar el valor de un sistema que garantice al mismo tiempo, el respeto porque la promulgación de normas se dé con seguimiento de leyes predeterminadas, como que el contenido de las mismas sea vinculante ***per se*** en tanto se encuentre en conformidad con el marco constitucional.

Cabe señalar acá, tal y como lo hace el profesor Ferrajoli, que el nexo entre derechos como expectativas de hacer o no hacer con respecto al sujeto y con las garantías que se tienen que dar a las misma, así como el proceso de formulación de leyes: ***“...supone que el nexo entre expectativas y garantías no es de naturaleza empírica sino normativa, que puede ser contradicho por la existencia de las primeras y por la inexistencia de las segundas; y que, por consiguiente, la ausencia de garantías debe ser considerada como una indebida laguna que los poderes públicos internos e internacionales tienen la obligación de colmar; del mismo modo que las violaciones de derechos cometidas por los poderes públicos contra sus ciudadanos deben ser concebidas como antinomias igualmente indebidas que es obligatorio sancionar como actos ilícitos o anular como actos inválidos...”***³³.

³³ FERRAJOLI, Luigi. “Derechos y Garantías: La ley del más débil”. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Editorial Trotta. Madrid. Pág. 63

Debemos indicar que este sistema de derechos y garantías, se fundamenta nuevamente, en lo que denominaremos como ***Libertad Kantiana (libertad Trascendental)***, la misma que a su vez, es viable únicamente mediante **la autodeterminación del sujeto** de sus propias leyes de forma apriorística, sin las cuales, no cabría hablar ni de validez formal, ni de validez material y mucho menos de constitución.





CAPÍTULO II EL FIN DE LA PENA Y EL BIEN JURÍDICO

“...Detrás de toda lógica y de su aparente soberanía de movimiento se encuentran valoraciones o, hablando con mayor claridad, exigencias fisiológicas orientadas a conservar una determinada especie de vida. Por ejemplo, que lo determinado es más valioso que lo indeterminado, la apariencia, menos valiosa que la <verdad>: a pesar de toda su importancia regulativa para nosotros, semejantes estimaciones superficiales, una determinada especie de niaiserie (bobería), quizá necesaria precisamente para conservar seres tales como nosotros. Suponiendo, en efecto, que no sea precisamente el hombre <la medida de todas las cosas>...”

(Friedrich Nietzsche, Más allá del bien y el mal)

A lo largo del capítulo anterior, presentamos una visión del derecho fundamentada en el paradigma kantiano, el mismo que fue adoptado desde un plano político asumiendo un modelo de derecho liberal. Concluimos entonces, que el derecho debía ser entendido como un sistema de garantías subjetivas que a su vez se coordinaran con el presupuesto básico de todo el sistema “la libertad trascendental”, aquella que nos permitirá dictar leyes a priori y que además, se fundaba a su vez en la capacidad de autodeterminación de la razón del sujeto.

En el presente capítulo trataremos el tema del objeto o fin de la pena dentro del marco de la doctrina vigente a la luz del modelo adoptado de forma constitucional. Con tal finalidad, presentaremos las dos posturas contemporáneas que representan las dos posibilidades a optar dentro de la rama penal del derecho.

Una vez determinado el fin de la pena que adoptares dentro del proceso argumentativo, procederemos a determinar cuáles serán aquellos supuestos donde podrá entrar en acción el derecho penal. Consideramos que sin ser esta una tesis de derecho penal, la relevancia del tema será grande debido a la relación del mismo con respecto a los límites del actuar humano en general, ya que el derecho penal (en sentido estricto) se convierte en la actualidad en el último límite a la libertad humana y el ejercicio máximo de la violencia estatal.

Empezaremos remarcando que al referirnos al derecho, nos referimos al mismo como a un sistema de garantías que busca proporcionar un medio por el cual las normas producidas dentro del sistema, respondan tanto a una validez **formal** como **material**. Cabe indicar que al ser el derecho un sistema tan complejo, el mismo tiende a especializar sus **“ramas”** en función de poder generar un campo específico de estudio y análisis.

De tal forma, tenemos el derecho tributario (enfocado en la capacidad del estado de recolectar los tributos que considere pertinente el gobierno), el derecho de familia (derecho enfocado en la tutela y regulación de las relaciones familiares y hereditarias), el derecho mercantil (derecho que tiene como punto de análisis las relaciones entre personas jurídicas y naturales dentro del mercado y la economía), etc.

Cada una de estas ramas tendrá características propias (siempre bajo los supuestos del sistema de garantías constitucionales), conforme al área o tema particular que abarcan. En el presente capítulo hablaremos acerca del derecho penal, el cual se

entenderá como aquella rama del derecho que versee sobre las restricciones al actuar humano y el uso de la fuerza del estado para poder hacer viables tales restricciones.

Claus Roxin señala que: ***“...Si un precepto pertenece al Derecho penal no es porque regule normativamente la infracción de mandatos o prohibiciones (pues eso lo hacen también múltiples preceptos civiles o administrativos), sino porque esa infracción es sancionada mediante penas o medidas de seguridad...”***³⁴.

Al derecho penal se le ha llamado de forma coherente ***“la última ratio”*** del estado, tal premisa lógica es conforme con el pensamiento heredado de la carta de los Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que en su artículo 8º indica que: ***“...La ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias...”***.

Su naturaleza de ***ultima ratio*** deriva del hecho de que a diferencia de otras ramas del derecho, donde es un principio el que las partes se encuentren en relación de equiparación o igualdad, dentro del derecho penal se parte de una premisa diferente si no contraria, la cual es que el individuo se somete al estado en una relación de subordinación directa. En base a lo anterior, muchos autores han reconocido que este último debe ser celoso al imponer penas, en tanto vulneran la libertad del individuo y en tanto el individuo es la parte débil de tal relación. Si bien las razones por las cuales esta relación se da o en las cuales esta se fundamenta, no están en discusión en el presente texto, cabe mencionar dos versiones que si bien se plantearon en contracara una de otra, igualmente podrían responder ambas de la misma forma, o por lo menos con un mismo sentido, al porque de esta relación de subordinación.

En primer lugar podríamos citar la visión de Thomas Hobbes sobre el estado y el contrato social, en ese sentido los individuos ceden sus libertades a una entelequia

³⁴ ROXIN, Claus. Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Primera edición. Madrid: Editorial Civitas. 1997. Pág. 89

que las recibe (El estado) y por ende, recae en esta la obligación de tutela de los miembros de la misma, tutela que ejercerá mediante el control de las interacciones de unos individuos sobre otros³⁵.

En segundo lugar podríamos presentar la lectura contraria al contractualismo hobbesiano, nos referimos a la lectura que da John Stuart Mill. El padre del liberalismo indica en uno de los textos de filosofía política de mayor relevancia en el mundo contemporáneo, *On Liberty*, lo siguiente: ***“...A pesar de que la sociedad no haya sido fundada en base a un contrato y a pesar de que ningún propósito beneficioso es servido mediante la invención de tal contrato en función de derivar obligaciones sociales del mismo, todo aquel que reciba la protección de esta (la sociedad), se encuentra en deuda con la misma por tal beneficio y el hecho de vivir en tal sociedad hace indispensable que cada uno se vea obligado a observar una cierta línea de conducta con respecto al resto (...) Esto condiciona a la sociedad a imponer tales conductas a toda cosa, de verse estas restringidas en su cumplimiento...”***³⁶

Retomando el punto central del presente punto de la investigación, debemos señalar que la fuerza del estado a la cual de una u otra forma hacen referencia diversos autores, se hará viable, con respecto a los individuos, en la modalidad de la “pena”. Por lo anterior, al referirnos a pena dentro del presente trabajo de investigación, la misma será entendida como ***el ejercicio de la violencia del estado contra determinados ciudadanos que no respeten aquellas restricciones previamente señaladas dentro del ordenamiento por los representantes del estado.***

³⁵ Si bien existe la extendida creencia que esta lectura aparece por primera vez en ***“El Leviatán”***, en realidad esta postura Hobbesiana es apreciable casi una década antes en su trabajo ***“De Cive”***, tal texto presenta la siguiente frase sobre el Estado y el soberano: ***“...El Estado tiene como primera obligación cuidar la vida de sus miembros...”***. HOBBS, Thomas. *De Cive: elementos filosóficos sobre el ciudadano*. Madrid. Alianza Editorial. 2000.

³⁶ MILL, John Stuart. *On Liberty*. The Liberal Art Press. New York. 1956. Pág. 91. La traducción es nuestra.

La potestad de establecer penas en función a determinados supuestos se encuentra, en nuestro orden constitucional, bajo único dominio del poder legislativo. Tal potestad, conocida en la doctrina como el *ius Punendi*, únicamente puede ser ejercida mediante ley y el único capacitado para dictar leyes sobre esa materia será el congreso de la república³⁷.

Una vez indicado lo anterior, , procederemos a presentar aquellas dos corrientes que reciben mayor apoyo de la doctrina contemporánea, luego de lo cual podremos indicar cuál de ellas se adecua de forma más coherente al resto del sistema jurídico bajo el cual nos encontramos encuadrados conforme al marco constitucional.

1. Los Fines De La Pena En Las Dos Corrientes Contemporáneas Más Relevantes

Partiremos por la teoría funcionalista sistémica del profesor Gunther Jakobs, la misma que busca presentar de forma neutral al comportamiento de la pena y del derecho penal, fundamentándose en el marco teórico desarrollado previamente por Niklas Luhmann y Hegel. En segundo lugar presentaremos la Teoría Dialéctica de la Unión, la misma que en sus tres partes busca adecuarse a un marco valorativo específico dentro del estado constitucional.

2. El Funcionalismo Sistémico De Gunther Jakobs

La primera postura a analizar en el presente capítulo será la planteada por el profesor Gunther Jakobs. Cuya teoría podrá ser identificada como **teoría de la prevención general positiva**. Tal corriente teórica enfoca su interés preventivo en la sociedad,

³⁷ El artículo 102, inciso 1. de la Constitución Política del Perú indica: **“Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes”**, asimismo el Artículo 24, inciso d. de la Constitución Política del Perú indica: **“Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”**.

tratando de reforzar la fidelidad al ordenamiento y a las normas que este presenta como vinculantes.

Tendremos que dentro de esta lógica a la pena se le otorgará la finalidad de:
“...confirmar la validez de la norma, pensada como modelo de orientación social. El castigo representa la contradicción de la negación de la norma y por su remedio se pretende fortalecer la estabilidad social y la fidelidad al derecho...”³⁸.

Tal postura se fundamenta a su vez en su visión de las expectativas y el derecho:
“...si se decepciona esa expectativa (la de mantener la vigencia de la norma), para el decepcionado (la comunidad) surge un conflicto frente al que debe reaccionar, pues en la decepción se pone de manifiesto que el balance entre los sucesos en cuya producción está interesado y aquellos otros que se realizan ya no cuadra: el modelo de orientación del decepcionado debe someterse a revisión...”³⁹

En este punto podemos apreciar que el fin de la norma será, en última instancia, el mantenimiento de las expectativas normativas de la población, en tanto las mismas se vean satisfechas y el “orden” no se vea decepcionado, entonces la pena ha cumplido su fin. De tal forma tendremos un modelo de pena que nos enmarcaría dentro de una teoría de prevención general debido a que: ***“...busca la producción de un efecto en todos los ciudadanos, y (una teoría de la prevención general) positiva, porque su efecto no es la intimidación ante la pena sino la tranquilidad que da el saber que***

³⁸ BELOFF, Mary. Determinación Judicial De La Pena. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1993. Pág. 63.

³⁹ JAKOBS, Gunther. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Madrid. Marcial Pons. 1997. Pág. 10 (la información entre paréntesis fue colocada por el autor para en mejor entender del lector)

la norma se encuentra vigente y ha sido fortalecida a través de la imposición de una pena...⁴⁰.

Conforme a lo anterior podríamos indicar que lo que caracterizaría a esta teoría, sería su funcionalismo con respecto a la reprobación. Es decir, estamos ante una teoría que busca generar ya sea un reforzamiento de la actitud de la sociedad o la estabilización del sistema normativo vigente en un determinado momento.⁴¹

La visión del profesor Jakobs encuentra su fundamento teórico en los postulados de dos grandes pensadores, G.W.F. Hegel en el modo de contrarrestar el delito con la pena como un medio de restablecer el ordenamiento y Niklas Luhmann en tanto el derecho se presenta como un medio de expresión de las expectativas sociales y del orden social, protegiéndonos a su vez de los cambios.

En ese sentido y al tener el profesor Jakobs una lectura del derecho desde la sociología planteada por Niklas Luhmann, tendremos que el derecho deberá ser entendido como un subsistema social cerrado e independiente de los otros subsistemas. Siendo tomado como un subsistema de reglas y de comunicación especializada/diferenciada de otros subsistemas, presentándose a su vez como totalmente separado de otros subsistemas tales como la política, la religión, etc. Consiguiendo conforme a la premisa anterior, que tanto política criminal como dogmática jurídico penal, se tengan que entender de forma separada y no deban ser confundidas.

Dentro de esta visión, la neutralidad del derecho penal se plantea de forma directa y funcional, planteándose así como una corriente funcionalista del derecho penal

⁴⁰ SANCHEZ MALAGA CARRILLO, Armando. (2008). Limitaciones de un derecho penal de la exclusión. Plan de acción alternativo al derecho penal del enemigo. (Tesis para optar por el grado de Abogado-PUCP). Pág. 80. (la información en paréntesis es nuestra)

⁴¹ Véase: HIRSCH, Andrew von. En "Prevención general positiva y reprobación". Conferencia dictada por el profesor Hirsch en el seminario de derecho penal en el Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset. Traducción de la conferencia a cargo del profesor Enrique Bacigalupo.

(basada en el fundamento sociológico de Luhmann). Lo anterior no es negado por su defensor, un claro ejemplo de esto se puede apreciar en su comentario acerca de la citada neutralidad planteada por su visión penal: ***“...probablemente esta descripción carente de emotividad, esta exclusión de la utopía es lo más escandaloso de toda la teoría funcionalista...”***⁴².

Sobre tal neutralidad, cabe mencionar que cualquier valoración es negada dentro de esta postulación, en tanto el mantenimiento de las expectativas sociales se toma como único **valor** a seguir dentro del ordenamiento⁴³. Lo anterior generaría a su vez, que no importaría que sistema sea el que se tutele, en tanto las expectativas normativas dentro del mismo sean tuteladas.

Desarrolla esta explicación Baratta indicando sobre la misma que: ***“...la violación de la norma es socialmente disfuncional, pero no tanto porque resultan lesionados determinados intereses o bienes jurídicos, sino por cuanto es puesta en discusión la norma misma como orientación de la acción y, en consecuencia, es afectada la confianza institucional de los coasociados...”***⁴⁴

En función de analizar la viabilidad o no de adopción esta postura con respecto al ordenamiento constitucional peruano vigente, consideramos que cabría presentar en primer lugar un análisis de sus fundamentos teóricos, en función de analizar si existe o no correspondencia entre los mismos con el resto del ordenamiento jurídico peruano. Por lo anterior consideramos pertinente empezar por un breve análisis y exposición de la visión de Niklas Luhmann con respecto a la sociedad y la función del derecho dentro de la misma.

⁴² JAKOBS, Gunther. ZStW (107). Pág. 867. Citado por ROXIN, Claus. “la evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal”. Tirant Lo Blanch Editores. Valencia. 2000. Pág. 69

⁴³ MONTOYA VIVANCO. Yván. “La justificación del Derecho Penal en Jakobs”. En: Derecho PUC/Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 59. (2006).Lima. Pág. 287.

⁴⁴ BARATTA, Alessandro. “Integración-Prevención: Una Nueva Fundamentación de la Pena Dentro de la Teoría Sistémica”. En: Revista Doctrina Penal. N° 29. (1985). Buenos Aires. Pág. 10.

a. **El Fundamento De Jakobs Desde Niklas Luhmann**

Debemos empezar señalando que para Luhmann la sociedad está compuesta por sistemas, al igual que para Parsons⁴⁵, sin embargo estos sistemas no se estructuran en la misma forma que para el autor anterior. Para Luhmann en la realidad existen tres tipos de sistemas autorreferentes y autopoiéticos; los sistemas vivos, los sistemas personales y el sistema social⁴⁶. Este paradigma⁴⁷ de sistemas lleva a su vez a entender que cada uno de estos sistemas se ha visto separado uno del otro a través del paso de la historia y cada uno ha generado su propia complejidad y diferenciación con respecto uno del otro⁴⁸.

Conforme al enfoque de esta investigación, consideramos pertinente reducir nuestra presentación a solo el último de los sistemas planteados por Luhmann, en tanto el de los seres vivos, se presenta como un marco de reflexión y análisis para los demás mientras que el segundo, el de los sistemas personales podrá ser tomado en tanto su relación con el sistema social (sujeto de exposición en la presente investigación).

El sistema social (que viene a ser la sociedad en sí) es producto de la paradoja de la inclusión y la separación, o como se plantea más comúnmente por los seguidores de Luhmann entre la paradoja sistema/entorno. En tanto el sistema no puede relacionarse con todo el entorno, debido a la gran variedad que este representa y ante la limitación de la capacidad de recepción por parte del sistema, este tiene que elegir con que elementos del entorno se relaciona.

⁴⁵ Parsons, fue el maestro de Luhmann en Harvard, siendo que su propia visión sistémica tuvo gran impacto en el trabajo posterior de Luhmann, se mencionaran algunas de sus obras o ideas a lo largo del presente capítulo.

⁴⁶ Conforme señala Arturo Manrique Guzmán, este paradigma fue propuesto originalmente por Maturana y Varela y Luhmann se adhiere al mismo para desarrollarlo a niveles macro, con respecto a la propuesta originalmente hecha del mismo.

⁴⁷ Véase Luhmann, Niklas. "Sociedad y sistema: La Ambición de la teoría". Paidós. 1997. Barcelona.

⁴⁸ Luhmann, Niklas. "Sociedad y sistema: La Ambición de la teoría". Paidós. 1997. Barcelona. Pág. 60

Así, para poder simplificar una realidad que se vuelve compleja e imposible de ser manejada coherentemente en su totalidad, el sistema social crea subsistemas especializados que se diferenciarán unos de otros. Tales subsistemas dentro de la sociedad serán la economía, la política, la ciencia, el derecho, la religión, la educación, etc.

Siguiendo lo anterior, tales sistemas vuelven a presentar una paradoja, la de los sistemas abiertos/cerrados. Serán cerrados en tanto serán autosuficientes para existir y serán abiertos en tanto requieren algún tipo de interacción con el entorno⁴⁹.

De tal forma podemos seguir desarrollando el presente punto procediendo a señalar que los sistemas funcionales (los subsistemas dentro del sistema social) se encuentran interrelacionados unos con otros (abiertos) pero mantienen su funcionamiento interno de forma tal que se operan sin interrupciones externas (cerrados). Conforme la postura anterior se podría decir que un sistema tal como la religión, podría influir en otro sistema tal como la educación, pero sin embargo cada una mantendría su funcionamiento interno cerrado a las influencias externas (paradoja de los sistemas cerrados).

Además de su interrelación, otra característica muy importante de estos sistemas es la del procesamiento de información. Estos subsistemas funcionales tienen un sistema de procesamiento de información de carácter binario. Debemos señalar que para que un sistema pueda comunicarse correctamente con otro, debería en todo caso tratar de hablar desde el lenguaje particular del sistema con el que busca comunicarse. En el caso de la economía, por citar un ejemplo, el autor nos diría que el lenguaje binario de comunicación sería la dicotomía “ganancias/perdidas”, mientras que para el derecho sería “justo/injusto”. Para poder tener una comunicación coherente entre estos sistemas tan especializados unos con otros, se debe tener en cuenta este lenguaje de

⁴⁹ Luhmann, Niklas. “Sociedad y sistema: La Ambición de la teoría”. Paidós. 1997. Barcelona. Pág. 78

procesamiento de información, de lo contrario la comunicación podría verse afectada⁵⁰.

Como se habrá podido notar en este punto, una de las posturas más controversiales e innovadoras del enfoque de Niklas Luhmann es precisamente, su alejamiento de la filosofía del sujeto. En ese sentido, a diferencia de Durkheim, Weber, Parsons y diversos sociólogos previos a él, Luhmann nos dice que en realidad, la sociedad no está conformada por individuos (llámese sujetos), ni por acciones (acciones a su vez derivadas de un sujeto racional que las lleva a cabo) sino por comunicaciones. Prosigue señalando que se debe tener en cuenta que ni siquiera son los sujetos los que se comunican, sino que es la propia comunicación la que lo hace.

Lo anterior nos plantea un modelo que busca indicar que el hombre no es, en realidad, el centro de análisis de la sociedad y que la noción de que el individuo “actúa” y “comunica” debe ser desechada. En ese sentido la comunicación se vuelve el centro de la sociedad y la comunicación implica la conjunción de selección de información, selección de expresión de la información previamente seleccionada y comprensión y/o incomprensión de la expresión previa y la información que contiene⁵¹.

A diferencia de lo planteado por Talcott Parsons⁵², los sistemas no se subordinan unos a otros ni están incluidos dentro de otros. Por el contrario, estos sistemas podrían ser

⁵⁰ Sobre este punto, véase el trabajo de Niklas Luhmann ***“Risk: a sociological theory”***. En el citado estudio, el autor en cuestión nos explica como la comunicación en el lenguaje correcto nos puede llevar a mejorar los resultados de la interacción entre subsistemas especializados concretos. Por ejemplo, un grupo de ambientalistas conseguiría mejores resultados al comunicarse con una corporación con respecto a temas de protección ambiental, al dirigirse a ella en el lenguaje de PERDIDAS/GANACIAS, de lo que conseguiría dirigiéndose a ella en el lenguaje del derecho JUSTO/INJUSTO. En tanto se hablan dos lenguajes binarios diferenciados uno del otro, se debe tener en cuenta que la comunicación será, si no difícil, extremadamente complicada e infructífera.

⁵¹ Para una mayor profundización en el tema de la comunicación en Luhman, véase: “¿Que es comunicación?”. En: “Talón de Aquiles”, Año 1, Nº 1 Revista Electrónica. Editor Edison Otero. Universidad de Artes, Ciencias y Comunicación. <http://www.uniacc.cl/talon/index.html>

⁵² La teoría de Parsons podría teoría de los sistemas. En la misma se plantea que dentro de cada sistema existe otro subsistema, siendo que el primer engloba al segundo, el segundo al tercero y el tercero al cuarto. Los sistemas que plantea tendrán a su vez una función dentro del

planteados como paralelos y su interacción se da en forma de “efecto de resonancia” es decir, que lo que ocurre dentro de uno puede resonar en otro, pero no afectarlo directamente en tanto, nuevamente, los mismos no están subordinados unos a otros.

En este punto del análisis, Luhmann nos indica que la visión de Parsons de que un sistema está incluido en otro y que la afectación de un sistema genera una inmediata respuesta en aquellos sistemas subordinados a este, **corresponde a una visión arcaica de las sociedades estratificadas y tal postura es incoherente en una visión de la sociedad funcionalmente diferenciada**⁵³ (derecho, política, economía, religión, etc.).

He aquí que podríamos plantear el primero de dos puntos claves en el pensamiento del citado autor, en primer lugar rechaza los postulados de Parsons en tanto nos dice que los sistemas no pueden ser concebidos en un grado de igualdad o desigualdad, sino en un grado de diferenciación de unos con otros.

Con respecto a lo anterior, tendremos que desde su postura, ningún sistemas puede interferir de forma concreta con otro. De tal forma la economía no podría afectar al derecho de forma radical, así como la política tampoco podría hacer lo propio con el derecho, lo cual en la visión del autor, no niega la necesidad de su existencia **en tanto**

sistema mayor y tal función o requisito será la clave para que la estructura no se caiga o destruya:

1. Sistema cultural, sistema que lo engloba todo y que regula las orientaciones (la cultura de una sociedad es aquella que guía el actuar de sus miembros en todos los campos), de tal forma acá se presentara el requisito de la ENDOCULTURA. Aquella función que permite que la cultura (valores) de una sociedad se mantenga uniforme y constante a lo largo de la existencia de la misma, así como permitir que se pueda saber que valores o normas son relevantes para ser parte de la misma.
2. Sistema social (este se encuentra dentro del anterior), tiene dentro de si los roles y las funciones específicas que tienen que cumplir los individuos para funcionar como parte de la sociedad. Acá se presenta el requisito de la INTERRELACIÓN,
- 3 Sistema de personalidad (incluido dentro del anterior) que es el que ubica los objetivos de la sociedad dentro de los individuos. Acá se presenta el requisito o función de METAS.
4. Sistema Orgánico (Incluido dentro del sistema tres), es el sistema que tendrá por objetivo adaptar el medio o adaptarse al medio donde se vive para poder sobrevivir. El requisito o función que cumple será el de ADAPTACION.

⁵³ Vease: “Systems Theory and the System of Theory”. Por William Rasch and Eva M. Knodt en “New German Critique”. No. 61, Special Issue on Niklas Luhmann. Winter. 1994.

entorno y su dependencia relativa en tanto tal dependencia sería una característica de cualquier sistema.

Sobre este punto señala Luhmann: ***“...El Derecho no es política ni economía, ni religión, ni educación. No produce obras de arte, ni cura enfermedades, ni distribuye noticias. Sin embargo no podría existir si todas estas cosas no se dieran. Así, como todo sistema autopoiético, el Derecho sigue dependiendo en gran medida de su entorno, y lo artificial de la diferenciación funcional del sistema social en su conjunto solo incrementa esta dependencia. No obstante, como sistema cerrado, el Derecho es completamente autónomo al nivel de sus operaciones. Solo el derecho puede determinar que es legal o ilegal, y al decidir esta cuestión debe referirse siempre a los resultados de sus propias operaciones y a las consecuencias que tiene para las futuras operaciones del sistema...”***⁵⁴.

Como segundo punto clave en su pensamiento tenemos el tema de la desigualdad de los individuos. Sobre el punto Luhmann nos indicará que la existencia de desigualdad es el lastre de las sociedades antiguas, es decir su análisis de la sociedad contemporánea parte de un presupuesto de igualdad en el cual cada individuo podría llegar a operar en distintos subsistemas (tanto en el económico, como el político, como el de derecho, como el de la religión, etc.).

Con respecto a esta calidad de individuos nos dice que: ***“...En el caso de una diferenciación funcional la persona individualizada ya no puede seguir siendo radicada permanentemente en un subsistema de la sociedad –y solo en uno– sino que tiene que ser concebida y considerada como un ser inestable socialmente, es decir, sin un lugar fijo y único en el que radicarse. Esto significa que las personas en la actualidad, se caracterizan y se distinguen no solo por una mayor variedad de atributos (lo que muy bien podría ser puesto en duda),***

⁵⁴ Luhmann, Niklas. “El Derecho como sistema social”. En Teoría de Sistemas y Derecho Penal, Fundamentos y posibilidad de aplicación. ARA Editores. 2007. Pág. 104

sino también por el sistema de referencia de sistemas personales cuya relación sistema/ambiente se diferencia fuertemente, de modo que estas diferencias deben ser consideradas y tratadas como producto de la casualidad (y no como una característica particular de la especie) cuando se presenten en individuos que muestren caracteres semejantes...⁵⁵.

Dentro de este punto se puede apreciar el presupuesto de la capacidad de los individuos de acceder a cada uno de estos sistemas para poder afectar su entorno de alguna u otra manera. Es decir, un sujeto puede interactuar con diversos sistemas y no tiene por qué verse limitado a uno solo.

Finalmente, corresponde analizar la visión que posee el citado autor con respecto al tema del derecho en forma específica. Al plantear su visión del derecho, Luhmann nos indica que su objetivo es el de alejarse de las concepciones comúnmente desarrolladas por la sociología, mediante las cuales el derecho se presentaba como un gran marco dentro del estado o como una derivación de la política.

Sobre tal percepción **errada** en base a la cual ha trabajado la sociología comúnmente nos indica que: ***“...En la tradición sociológica el centro de atención se desvía hacia las instituciones encargadas del Derecho “a tiempo completo”, ya fueran organizaciones (principalmente los juzgados) o la abogacía. Esta perspectiva permitía efectuar un tratamiento empírico de problemas tales como el “acceso al derecho”. No obstante, resultaba difícil distinguir entre sistema jurídico y Estado como base tanto de las organizaciones como de la fuente del poder. La influencia política del Derecho se concebía como una especie de input (del Derecho en el Derecho). De manera alternativa, el sistema jurídico incluso se***

⁵⁵ Luhman, Niklas. “El amor como pasión: la codificación de la intimidad”. Península. 1985. Pág. 16.

concebía, desde la perspectiva del sistema político, como una implementación de la política...⁵⁶.

Así, en su búsqueda de alejamiento de las teorías anteriores y consecuentemente con su teoría de sistemas, plantea que el derecho será a su vez un subsistema dentro del sistema social. Un sistema funcionalmente diferenciado (siempre en una relación de igual jerarquía o no jerarquía con respecto de otros sistemas funcionalmente diferenciados, tales como la economía, la educación, la política, la religión, etc.). Como subsistema diferenciado, el autor procederá a explicarnos el cómo funciona este sistema cerrado a su vez y como estos elementos determinaran su apertura funcional en determinadas formas (paradoja de funcionamiento de los sistemas autopoieticos).

El derecho entonces, se abrirá para recibir determinada información, pero la procesara de forma cerrada en base a su propia estructura interna. Sobre tal proceso Luhmann señala que: ***“...El derecho procesa, de una manera que ningún otro sistema puede hacer, las expectativas normativas capaces de mantenerse a sí mismas en situaciones de conflicto. Por supuesto el Derecho no puede garantizar que estas expectativas no serán defraudadas. Pero si puede garantizar que puedan mantenerse, como expectativas, incluso en caso de que sean defraudadas. (...) Desde el punto de vista sociológico, la normatividad no es otra cosa que la estabilidad contra fáctica. Con una formulación diferente podría decirse que el Derecho, al proteger expectativas, nos libera de la obligación de aprender de las defraudaciones y adaptarnos a ellas...”⁵⁷***

El procesamiento de dichas expectativas se dará internamente en el subsistema funcional y se analizaran los casos en base un valor binario, ya sea este un valor

⁵⁶ Luhmann, Niklas. “El Derecho como sistema social”. En Teoría de Sistemas y Derecho Penal, Fundamentos y posibilidad de aplicación. ARA Editores. 2007. Pág. 107

⁵⁷ Luhmann, Niklas. “El Derecho como sistema social”. En Teoría de Sistemas y Derecho Penal, Fundamentos y posibilidad de aplicación. ARA Editores. 2007. Pág. 105 (el subrayado es nuestro).

positivo “justicia”, ya sea un valor negativo “injusticia”, excluyendo otras valoraciones dentro del sistema, valoraciones tales como la utilidad, los fines políticos, etc.

Consideramos que se puede resumir de forma sucinta y concreta, la visión previamente planteada del derecho como la del ***subsistema que tiene por función, altamente especializada, el proteger las expectativas sociales y generar una estabilidad contra las vulneraciones al orden del sistema social.*** Toca ahora analizar el fundamento Hegeliano en la teoría de Gunther Jakobs.

b. El Fundamento Hegeliano De Gunther Jakobs

Empezaremos planteando de forma breve la visión Hegeliana del derecho, para luego trabajar de forma concreta su visión del derecho penal procediendo a analizar finalmente el postulado que señala la sanción penal como ***“la negación de la negación (delito) del derecho”***, que fuera tomada por el citado autor como base de su teoría de la sanción penal.

Conforme a lo anterior, procederemos a explicar en primer lugar lo que el citado autor entiende por el estado, para luego hablar de derecho y por ultimo de delito.

Sobre el primero, el autor nos indica que es: ***“...La rica articulación de lo ético en sí que es el Estado, ese monumento organizado, la arquitectónica de su racionalidad que hace surgir la fuerza del todo a partir de la armonía sus miembros mediante la precisa distinción de los círculos de la vida pública y de sus legitimaciones y mediante el rigor de la proporción en la que se tiene en pie todo pilar, todo arco, todo contrafuerte...”***⁵⁸. Acá se puede apreciar que el Estado para el propio Hegel, es una construcción del propio espíritu. Un producto del espíritu elevado, no cabría sino ser perfecto en ese sentido.

⁵⁸ HEGEL, G.W.F. “Fundamentos de la Filosofía del Derecho”. Libertarias/Prodhufti. 1993. Págs. 51 y 52.

En segundo lugar, el propio Hegel indica sobre el derecho que es: ***“...es el reino de la libertad realizada en el mundo del espíritu...”***. En este punto podemos notar que, al hablar de derecho en la filosofía de Hegel, estamos hablando de un logro del espíritu, el cual se ha manifestado en la historia como un producto final y terminado del mismo, habiendo superado sus manifestaciones parciales, en función de llegar a ser lo que es ahora.

Sobre el delito o lesión, el citado autor, nos indicará que es: ***“...la primera coerción ejercida como fuerza por el libre que vulnera la existencia de la libertad en su sentido concreto, el derecho como derecho, es el delito, juicio negativo-infinito en su sentido pleno por el cual no solo se niega lo particular, la subsunción de una cosa bajo mi voluntad, sino a la vez lo universal, infinito en el predicado de lo mío, la capacidad jurídica, y ciertamente sin la mediación de mi opinión...”***⁵⁹.

En ese sentido, el delito no es otra cosa que un supuesto de negación de algo **positivo** (el derecho) y de algo **particular y universal** (aquel bien sobre el cual el delincuente ha actuado y el respeto que el resto de la universalidad tiene sobre el mismo), conforme ello y en tanto negación de los tres supuestos señalados, deberá ser tratada.

Conforme a lo anterior, no cabría entender como racional la voluntad de aquel delincuente que desea afectar la racionalidad previa, la racionalidad del Estado manifestada por medio de la racionalidad del derecho, la cual debido a las características previamente señaladas en la cita, se muestra como claramente una racionalidad superior.

Según Hegel, con motivo de reconocer al delincuente como un ser racional, se le debe aplicar la pena en función de racionalizar su voluntad y reconocerlo como parte de

⁵⁹ HEGEL, G.W.F. “Fundamentos de la Filosofía del Derecho”. Libertarias/Prodhufti. 1993. Pág. 334.

aquella sociedad (racional) a la cual si bien pertenece, ha afectado por medio de su accionar. De tal forma, nos indica Hegel con respecto al delincuente: ***“...Además no es solo el concepto del delito, lo racional del mismo en sí y para sí, con o sin consentimiento de los individuos, lo que el estado tiene que hacer valer, sino que también lo racional formal, el querer del individuo, está en la acción del delincuente. De modo que si se considera a la pena como conteniendo en ella su propio derecho, en ella se honra al delincuente como racional...”***⁶⁰

Para Hegel, la manera correcta de tratar esta negación es mediante la negación misma de tal negación⁶¹ tal y como se señala en sus principios fundamentales del derecho: ***“...Asimismo la vulneración es para la voluntad particular del vulnerado y de los demás solo algo negativo. La existencia positiva de la vulneración existe solo como voluntad particular del delincuente. La vulneración de esta voluntad en cuanto existente es por tanto la superación del delito, que de otro modo sería válido, y es el restablecimiento del derecho...”***⁶².

Así, siguiendo los pasos de su planteamiento podemos plantear la estructura lógica que se le dará a la pena en la visión de Hegel:

DERECHO	=	AFIRMACION	= +
DELITO + DERECHO	=	NEGACION	= -
PENA + LESION + DERECHO	=	AFIRMACION	= +

⁶⁰ HEGEL, G.W.F. “Fundamentos de la Filosofía del Derecho”. Libertarias/Prodhufti. 1993. Pág. 350.

⁶¹ Cabe señalar acá, tal y como lo hace Roxin en su texto “Derecho Penal” Parte General. Primera edición. Madrid: Editorial Civitas. 1997. Pág. 83 (pie de página) Que “la formula de la pena como ‘negación de la negación’ del Derecho, que a menudo se utiliza como caracterización de la teoría penal de Hegel, no está contenida explícitamente en el texto de Hegel ‘Líneas Fundamentales’. Solo se encuentra en el apéndice 97, que fue extraído de unos apuntes de clase de Hotho por el discípulo de Hegel, Gans, quien más tarde lo añadió al texto”. A pesar de lo anterior citaremos el párrafo 99 del texto “Principios de la Filosofía del Derecho” de Hegel en la cita siguiente a la presente.

⁶² HEGEL, G.W.F. “Fundamentos de la Filosofía del Derecho”. Libertarias/Prodhufti. 1993. Pág. 334.

Para Hegel, la voluntad general de la sociedad (derecho) no podrá jamás verse afectada por la voluntad especial (particular) del delincuente (delito) y por ende, debe negarse tal voluntad⁶³.

2.1. Análisis Crítico A Los Fundamentos De La Teoría De Gunther Jakobs

a. Luhmann Y La Sociedad

Sobre el uso de la teoría de Niklas Luhmann y la visión sistémica del derecho que hace Jakobs, señalaremos que la misma no cabe como lectura de la sociedad previa al derecho penal, en tanto la lectura de Luhmann, indica que los sistemas sociales tales como la economía, la política, el derecho, la educación, etc., son sistemas independientes y a diferencia de lo planteado por Parsons, estos no están incluidos unos dentro de los otros, lo que originaría una reacción en cascada de variar el de nivel superior (cultura en Parsons).

Así, conforme nos señala Luhmann, el considerar a los subsistemas sociales (sistemas incluidos dentro del sistema social/sociedad) como capaces de ser afectados por eventos ocurridos al interior de uno y otro, es un rezago de las sociedades pre industriales y por ende no es un análisis contemporáneo válido.

Es decir, Luhmann plantea la existencia de sus subsistemas dentro de un paradigma de sociedad predeterminada. A diferencia de la supuesta neutralidad de Jakobs, Luhmann si reconocería que su punto de partida sería un supuesto de sociedad occidental industrializada donde la separación entre los subsistemas sea efectiva y donde, por citar un ejemplo, un cambio en la economía no generaría un cambio

⁶³ Véase MIR PUIG, Santiago. “...Para Hegel el carácter retributivo de la pena se justifica por la necesidad de restablecer la concordancia de la ‘voluntad general’ representada por el orden jurídico con la ‘voluntad especial’ del delincuente, concordancia quebrada por el delito...”. En: Introducción a las bases del derecho penal. BDF. Buenos Aires. 2002. Pág. 50

drástico en la educación o en el derecho, debido a la independencia de unos con otros.

Así, entendemos que en un contexto como el Perú (o como la mayoría de países del mundo en buena cuenta) donde los “subsistemas” tales como el derecho, la política, la economía, la educación, etc. no pueden ser presentados como independientes los unos de los otros, debido a nuestra realidad pre industrial o industrial en el mejor de los casos, no cabría plantear una diferenciación entre la política criminal y la dogmática penal tal y como la plantea Jakobs.

Luego, en tanto estamos hablando de sociedades determinadas donde será viable la aplicación de la lectura de Luhmann (sociedades occidentales post industriales), donde existen valores mínimos dentro de la concepción colectiva (o mayoritaria), tendría sentido considerar que dentro de las expectativas sociales de estas sociedades, estaríamos hablando de valores constitucionales tales como el respeto por la libertad, la igualdad, entre otros, que entonces serían aquellas expectativas sociales de las que se exige tutela mediante el derecho.

Así, no cabría sostener que la lectura sociológica de Luhmann de la realidad y del derecho, pueda ser útil para generar igualdad o libertad por medio del derecho, ya que dentro del planteamiento de Luhmann esos valores se estarían dando como prerequisites a su teoría.

Conforme lo anterior, el mismo Jakobs no podría sostener que en una sociedad tal como la existente en el Perú, donde los subsistemas no pueden plantearse como claramente diferenciados los unos de los otros y donde claramente no se cumple el requisito de ser una sociedad post industrial, pudiera ser viable la aplicación de una teoría penal basada en la sociología de Luhmann, nuevamente en tanto no se cumplen los requisitos mínimos para que esta sociedad sea parte de la lectura del sociólogo.

En ese sentido, cabe notar que no estaríamos hablando entonces de una teoría penal neutral, como lo señala el mismo Jakobs, sino que estaríamos hablando de una teoría penal que tendría sentido si las expectativas sociales mínimas a ser tuteladas fueran las de una sociedad post industrial y constitucionalmente respetuosa, es decir las expectativas de igualdad y libertad como mínimo.

Nuevamente, la lectura de Luhmann no busca generar igualdad, la presupone, por ende las expectativas sociales de las que habla dentro de su idea de derecho son aquellas que en nuestro medio, en particular, se buscan alcanzar por medio del reforzamiento de ciertos valores que se ven reflejados en la tutela de los bienes jurídicos (la discusión acerca de los bienes jurídicos será planteada con mayor profundidad líneas abajo).

Consideramos pertinente en este punto presentar una breve aclaración con respecto a conceptos tratados previamente dentro de la teoría del profesor Jakobs. Nos referimos a la relación existente entre “expectativas sociales” y “expectativas normativas”.

a.1. Expectativas Sociales Vs Expectativas Normativas En Jakobs

Con respecto a ambos conceptos cabe indicar brevemente el tratamiento brindado a los mismos por parte del autor de la teoría del Derecho Penal del Enemigo. Debemos indicar que cuando Jakobs hace referencia a expectativas Normativas de la sociedad, está haciendo referencia a una visión de expectativas de roles. Es decir, que los “sujetos” se comporten conforme a la normativa vigente dentro del sistema, siguiendo un rol⁶⁴. Se da entonces, una valorización del sistema en tanto conjunto sistémico de postulados normativos que asignan roles.

⁶⁴Véase: Derecho Penal del Enemigo. JAKOBS, Gunther y CANCIO MELIA, Manuel Thomson Civitas. Primera Edición. Madrid. 2003. Pág. 47 “*...la personalidad es irreal como construcción exclusivamente normativa. Sólo será real cuando las expectativas que se dirigen a una persona también se cumplan en lo esencial...*”.

Este sistema puede, incluso, incorporar normas referidas a derechos humanos, con lo cual se esperaría que los sujetos cumplan su rol al respetar derechos humanos, los mismos que estarían respaldados por una norma. Es decir, todo el sistema asigna roles determinados y existe una necesidad por parte del propio sistema de verificar que los roles asignados se cumplan debidamente.

En ese sentido, cabe hacer notar que al igual que cuando estamos hablando de pequeñas sociedades, donde las relaciones son directas, la sociedad genera expectativas con respecto a sus miembros. Sin embargo, postula Jakobs, debido a que nos encontramos inmersos en un mundo globalizado y de relaciones masivas, las expectativas sociales se convierten (amplían) en expectativas normativas. Si en el caso de las pequeñas sociedades, se generaban expectativas sociales para el respeto de determinadas conductas, en el caso de un grupo masivo de seres humanos se generan expectativas normativas para el cumplimiento de roles. Las expectativas normativas no serían más que una especie de expectativas sociales.

Este razonamiento puede entenderse de la siguiente manera:

Cuando se hable de expectativas normativas, no se estaría haciendo otra cosa que extender el concepto hacia la satisfacción de estas expectativas al subsistema

Pequeñas sociedades – Expectativas Sociales – Respeto de lo planteado por subsistema Derecho Penal de la pequeña sociedad.

Mundo Globalizado – Expectativas Normativas – Respeto de lo planteado por el subsistema Derecho Penal + Derecho Constitucional + Derecho Internacional de los derechos humanos.

Con base a lo anterior podemos afirmar que ya se hable de expectativas normativas, ya se hable de expectativas sociales, como fin de la pena, estamos hablando de una

preponderancia del propio sistema – ya sea **subsistema derecho penal o subsistema derecho penal + derecho constitucional + derecho internacional**- por sobre cualquier otra valoración. Así, ya sea que hablemos de uno u otro, de igual forma estaríamos ante una directa colisión con los presupuestos del modelo descrito en el primer capítulo de la presente tesis.

Se indica lo anterior en tanto en el modelo propuesto, el sistema **–derecho o sociedad–** estaría por encima de cualquier valoración comparativa, mientras que en el modelo kantiano, el sujeto (**y su libertad individual de autodeterminarse**) están por encima de cualquier otro supuesto comparativo. No importara, por tanto, que hablemos de expectativas sociales o normativas, ni siquiera si estas incluyen derechos humanos, en tanto estas no pueden ser la finalidad del sistema, sino que el sistema se subordina al sujeto como fin último.

b. Hegel Y El Derecho

Tal y como vimos líneas arriba, el Estado para Hegel es una arquitectura perfecta y organizada de forma tal que el todo es fuerte debido a la armonía de sus partes, es decir nos encontramos frente a un **Estado Perfecto** o que debería serlo. En base a lo anterior, quedará claro que de un Estado perfecto, el único derecho que puede derivarse será a su vez, un derecho que comparta la misma característica.

En segundo lugar cabe mencionar la concepción que Hegel posee de la historia: **“...La consideración filosófica no tiene otro designio que eliminar lo contingente. La contingencia es lo mismo que la necesidad externa esto es, una necesidad remonta a causas, las cuales son sólo circunstancias externas. Debemos buscar en la historia un fin universal, el fin último del mundo, no un fin particular del espíritu subjetivo o del ánimo. Y debemos aprehenderlo por la razón, que no**

*puede poner interés en ningún fin particular y finito y si sólo en el fin absoluto...*⁶⁵

La cita anterior nos deja ver la existencia del tantas veces mentado “determinismo histórico” de Hegel. Lo anterior nos indica la existencia de un **thelos** dentro de la historia, donde podríamos entender que aquel (**Estado perfecto**) llegará a su máximo desarrollo histórico una vez que la razón se haya desarrollado, igualmente, al máximo. En ese sentido, al haber Hegel descubierto principios lógicos fundamentales irrefutables, la razón habría llegado a un punto tal en el cual no cabría mayor desarrollo, ya que habríamos llegado al sujeto absoluto, siendo esta, una razón desarrollada al máximo entonces, el Estado derivado de esta razón no podría ser más perfecto de lo que ya es.

Bajo estas dos premisas, él concluye que el Estado (como organización producto de cientos de años de perfeccionamiento), es una arquitectura perfecta, una entelequia concreta y desarrollada en su totalidad sin capacidad de error dentro de la misma.

Asimismo, el citado autor en su desarrollo de los principios de la filosofía del derecho, señala que el derecho, derivado de sus principios y obtenido dentro de este Estado plenamente desarrollado, es un derecho racional y cuasi (si no completamente) innegable.

En base a lo anterior, podríamos afirmar que dentro de su formulación “Pena+Delito = Derecho (reafirmado)”, se está presuponiendo que el Derecho es un producto perfecto, derivado de un Estado perfecto (dentro de la concepción hegeliana, que había llegado a su tope de “perfección”) y debido a su infalibilidad debe ser tutelado a toda costa.

⁶⁵ HEGEL, G.W.F. “Lecciones sobre la Filosofía de la Historia Universal”. Traducción José Gaos. Revista de Occidente. Madrid. 1953. Pág. 21

Hegel puede concluir que el derecho es una existencia en sí misma, perfecta en su propio ser, debido a que en su razonamiento existe como paso previo a esa conclusión la idea de que el derecho es un producto de un estado que a su vez, es el pico de la razón, una entelequia de iluminación que es base del orden de la sociedad. Dentro de esta visión claramente influenciada por la época en la que vivió (la ilustración/la modernidad), podemos plantear la siguiente línea de razonamiento:

1. Se alcanza la elevación de la razón humana, perfecta en tanto conoce.
2. Estado perfecto como producto de esa razón elevada.
3. Estado perfecto como fuente de un Derecho.
4. Derecho perfecto en tanto es producto del Estado perfecto.
5. Derecho perfecto, existencia en sí misma, que debe ser tutelada a toda costa en base a su certeza de perfección.

En ese orden de ideas, tiene sentido el postulado de Hegel de tutelar el derecho por medio de la negación (pena) de la negación (delito), en tanto nuevamente, estaríamos hablando de un derecho perfecto sin capacidad de ser erróneo.

Será **justo** tutelar tal derecho en tanto es un producto perfecto, derivado de un estado perfecto, producto a su vez de una razón perfecta, la cual en buena cuenta es la razón hegeliana y bajo la premisa de infalibilidad en el razonamiento, característica de la etapa moderna, de la historia de la humanidad, la misma que en ese sentido habría llegado a su fin.

A lo anterior cabría plantear diversas preguntas como ¿si el Estado de ese momento hasta la fecha evolucionó y ha demostrado fehacientemente cambios, entonces existe la posibilidad que no haya sido perfecto, que no lo sea actualmente, que nunca lo llegue a ser y por tanto que siempre sea falible? y ¿si el derecho derivado de estado,

tampoco fuera perfecto, sería necesario tutelarlos necesariamente como un postulado lógico innegable?

Si la respuesta a las preguntas anteriores es afirmativa, y por ende existe la posibilidad de que ese derecho no sea perfecto en sí mismo (una existencia en sí mismo en palabras de Hegel), entonces la negación del delito no sería necesariamente el retorno a una racionalidad general, sino únicamente el mantenimiento del estatus quo determinado en una sociedad determinada, generando a su vez una teoría de imposición de una voluntad particular enmascarada dentro de la lógica perfecta y de la tutela de la racionalidad universal.

En ese orden de ideas, tiene sentido el postulado de Hegel de tutelar el derecho por medio de la negación (pena) de la negación (delito), en tanto nuevamente, estaríamos hablando de un derecho perfecto sin capacidad de ser erróneo. Así, a menos que Jakobs acepte la infalibilidad del derecho como producto perfecto, derivado a su vez de un Estado perfecto, entonces no cabría hablar de los postulados hegelianos extrapolados a la teoría de Jakobs, en tanto el mismo Hegel niega la neutralidad de su estructura lógica para explicar la sanción penal, no cabría que alguien negará tal negación para utilizarla como mero instrumento sin contenido.

3. La Teoría Dialéctica De La Unión

La presente teoría es defendida por el profesor Claus Roxin y consiste en entender que la pena no tiene una única función, sino diferentes funciones conforme la existencia de distintas etapas. Sin embargo, para comprender mejor esta teoría debemos presentar dos ideas que postula previamente el citado autor.

En primer lugar hablaremos de la diferenciación entre concepto material de delito y concepto formal de delito. Cuando nos referimos al concepto formal de delito, dentro de la lógica de Roxin, nos referimos a la visión positiva de los mismos. Aquello que

está tipificado dentro del código y que representan el conteniente de aquello que en verdad representa el delito.

Mientras que cuando nos referimos al concepto material de delito, nos hacemos referencia al contenido del delito, aquello que va más atrás del delito mismo y que: ***“...Es previo al Código Penal y le suministra al legislador un criterio político criminal sobre lo que el mismo puede penar y lo que debe dejar impune. Su descripción se deriva del cometido del Derecho penal...”***⁶⁶

Dentro de la lógica de Roxin este cometido será ***LA PROTECCION SUBSIDIARIA DE BIENES JURÍDICOS***⁶⁷. Roxin afirma que el cometido del derecho penal, es tal en base a la concepción de que el propio ordenamiento tiene métodos de actuación en contra de las infracciones o vulneraciones a diversos bienes jurídicos.

En ese sentido, tenemos la tutela administrativa o civil de diversos bienes jurídicos que a su vez representarán aquellos otros valores recogidos en la constitución pero que no se verán tutelados por el derecho penal. El límite que planteará Roxin con respecto a la subsidiariedad de la actuación del derecho penal en materia de protección de bienes jurídicos, radicará en la idoneidad o la capacidad para garantizar la vida social de forma ordenada de los otros tipos de tutela.

De tal forme señala Roxin: ***“...El derecho penal es de naturaleza subsidiaria, Esto es: solo se pueden penar las lesiones de bienes jurídicos y las infracciones contra fines de la previsión social, si ello es ineludible para una vida comunitaria ordenada. Donde basten los medios del Derecho civil o del Derecho público, ha***

⁶⁶ ROXIN, Claus. Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. Segunda Edición. Madrid: Editorial Civitas. 1997. Pág. 51

⁶⁷ Con respecto a la noción de bien jurídico que manejaremos dentro de la presente tesis y del límite del legislador a tutelarla mediante la política criminal del estado, nos pronunciaremos en el subsiguiente punto.

de retraerse el Derecho penal (...) por ser la reacción mas enérgica de la comunidad, solo puede recurrirse a ella en último extremo...⁶⁸

Conforme lo anterior, podemos concluir que dentro de la propuesta de Roxin, existen dos presupuestos teóricos:

1. El concepto material del delito se presupone como el lugar donde el legislador llevará a cabo el desarrollo de la política criminal del Estado.
2. El derecho penal es de carácter subsidiario y tiene por finalidad tutelar los bienes jurídicos que no puedan ser tutelados o cuya tutela no se pueda garantizar por medio de las otras ramas del derecho.

Ahora procederemos a plantear la teoría dialéctica de la unión planteada por el profesor Roxin. En primer lugar cabe indicar que la misma busca salvar las dificultades en las que recae la teoría de la unión, en tanto alega que la unificación de los fines en paralelo, lo único que logra es que se desarrollen en paralelo las mismas críticas a las teorías originales.

Desde el punto de vista de Roxin, una teoría que busque unificar postulados que de otra manera serían contradictorios, deberá presentarlos en una síntesis comunicativa interna. Es decir, planteará una teoría dialéctica (he ahí el nombre de “Teoría Dialéctica de la Unión”).

El citado autor plantea como punto de partida que el fin de la pena tiene que ser provisorio, en función de tutelar a priori aquellos valores de libertad personal y la seguridad, los cuales constituyen su inherente finalidad⁶⁹, en base a tales puntos

⁶⁸ ROXIN, Claus. Problemas Básicos del Derecho Penal. Trad. Diego Manuel Luzón Peña. REUS. Madrid. 1976. Pág. 21 y 22.

⁶⁹ En ese mismo sentido véase: “... Como hemos señalado en un principio, la constitución, en tanto norma suprema establece las bases constitucionales del derecho público y del derecho privado. Pero quizás sea en el Derecho penal donde la vinculación e influencia del Derecho Constitucional se hace mas patente, en la medida que los valores de libertad personal y la seguridad, que realiza, constituyen su thelos” (El subrayado es nuestro). En: “Interpretación

desarrolla una teoría que busca: “...**Evitar la exageración unilateral y dirigir los diversos fines de la pena hacia vías socialmente constructivas...**”⁷⁰.

De tal forma el indica que el derecho penal se aproxima al individuo de tres maneras (momentos) diferentes, amenazando con la pena, imponiendo la pena y ejecutando la pena. En ese sentido procede a desarrollar cada uno de estos pasos:

1. El primer momento es la conminación de la pena: En este punto, en base al principio de subsidiariedad señalado líneas arriba, será que el legislador dará contenido material al delito, acá el legislador tomará en cuenta el criterio preventivo general y plasmará formalmente el supuesto ilícito para de tal forma generar una conciencia de respeto hacia determinados bienes jurídicos.
2. El segundo momento es el de la imposición y medición de la pena: Acá tomaremos en cuenta el criterio preventivo especial y se buscará la intimidación del delincuente (para evitar la reincidencia del mismo al haber sido víctima de la pena) y se mantendrá protegida a la sociedad mientras el mismo se encuentra en prisión (delincuente sentenciado). Asimismo, esta parte de la pena se ve influenciada por la teoría de la retribución, la misma que servirá en este punto como medida de ejecución de la pena. Es decir, no se podrá fundamentar la pena en la culpabilidad por un determinado delito, pero si se utilizará la misma para limitarla.
3. El tercer y último momento es el de la ejecución de la pena: El principio a interactuar con el individuo acá es la calidad re socializadora (***termino que deberá entenderse como posibilidad del reo de educarse con respecto a las normas que permitan su convivencia social en base al respeto de la libertad individual***) de la pena. Acá en base a los principios de la prevención especial, el individuo, recibe el tratamiento adecuado para que el mismo pueda re integrarse a la sociedad, aceptando

constitucional y Derecho Penal”. Cesar Landa. Jurisprudencia y Doctrina Penal Constitucional. Lima. 2006. Pág. 287.

⁷⁰ ROXIN, Claus. “Sentido y limite de la pena estatal”. Problemas básicos del Derecho penal. Trad. Diego Manuel Luzón Peña. REUS. Madrid. 1976. Pág. 34

los estándares mínimos de la misma. El límite de esta re socialización será a su vez generado mediante el criterio de la prevención general, la misma que nos permitiría apreciar la individualidad estructural del individuo como un valor y al cual no se le puede afectar más allá de la idea de la re socialización.

Asimismo, Si bien dentro del derecho penal estamos ante una gran cantidad de posturas dogmaticas y teóricas, quizás debido a su intrínseca relación con el poder del Estado y las libertades, que han hecho que el debate sea rico y productivo a lo largo de los años. Consideramos que dentro de las posturas que buscan responder acerca del fin de la pena y la naturaleza del derecho penal, la postura del profesor Roxin (teoría directica de la unión) es la más adecuada conforme a los postulados tanto del primer capítulo de la presente investigación como dentro de los principios internos del ordenamiento jurídico del Perú.

Se indica lo anterior, en tanto en la primera parte de su tesis (la conminación de los supuestos) podemos apreciar el marco de discurso y debate coherente con un estado constitucional de derecho.

Es decir, que en tanto tenemos espacio para la discusión acerca del contenido **material** de aquellos supuestos que puedan ser catalogados como delitos (primera parte de su tesis), este espacio se verá limitado por el principio de subsidiariedad en la tutela de los bienes jurídicos y buscará siempre apuntar a una finalidad superior (segunda y tercera parte de su tesis) que es la garantía de **los valores de libertad personal y la seguridad**, los cuales constituyen la finalidad del derecho penal dentro de un Estado Constitucional de Derecho.

Estamos acá, ante una clara subordinación del derecho penal al orden constitucional. Lo cual nos permite afirmar que en tanto no alega neutralidad, el aspecto “material” de las leyes, deberá adecuarse al sistema constitucional.

Así, se aceptará esta teoría en cuanto consideramos que nuestro ordenamiento le ha otorgado el respaldo requerido mediante su exposición constitucional (Artículo 139, inciso 22) y mediante el desarrollo jurisprudencial expreso hecho por el tribunal constitucional el mismo que será apreciable en resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional:

Sentencia de Expediente N°0019-2005-AI/TC⁷¹

Sentencia de Expediente N° 0012-2006-PI/TC⁷²

Sobre las críticas comúnmente planteadas a esta teoría tenemos dos principales, en primer lugar se plantea la negación de la capacidad del sistema actual para re socializar a los presos, lo cual a su vez generaría, una negación fáctica del tercer modo de interacción de la pena con el individuo con respecto a la teoría de Roxin.

⁷¹ Numeral 9 de la sentencia N°0019-2005-AI/TC:

Los fines de la pena desde una perspectiva constitucional

37. Este Colegiado ya ha descartado que se conciba a la retribución absoluta como el fin de la pena. Ello, desde luego, no significa que se desconozca que toda sanción punitiva lleva consigo un elemento retributivo. Lo que ocurre es que la pretensión de que ésta agote toda su virtualidad en generar un mal en el penado, convierte a éste en objeto de la política criminal del Estado, negando su condición de persona humana, y, consecuentemente, incurriendo en un acto tan o más execrable que la propia conducta del delincuente.

38. Sin embargo, las teorías preventivas, tanto la especial como la general, gozan de protección constitucional directa, en tanto y en cuanto, según se verá, sus objetivos resultan acordes con el principio-derecho de dignidad, y con la doble dimensión de los derechos fundamentales; siendo, por consiguiente, el mejor medio de represión del delito, el cual ha sido reconocido por el Constituyente como un mal generado contra bienes que resultan particularmente trascendentes para garantizar las mínimas condiciones de una convivencia armónica en una sociedad democrática.

⁷² Numeral 1 de la sentencia N°0012-2006-PI/TC:

El sistema punitivo en el marco de la Constitución

1. La relación existente entre el Derecho Penal y la Constitución no es reciente sino más bien viene asentándose progresivamente desde inicios del constitucionalismo. Ya en el artículo 8° de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se contenían las ideas fundamentales para limitar la acción del Estado cuando éste ejerce su poder punitivo. En efecto, en el referido artículo se establecía que “La ley no debe establecer más penas que las estricta y manifiestamente necesarias”, aludiéndose claramente a la obligación del Legislador de respetar el principio de proporcionalidad en la determinación de las penas, al postulado de subsidiariedad del Derecho Penal, así como a la exigencia de que sea la “ley” el instrumento jurídico que establezca las penas aplicables a los ciudadanos. Si bien las referidas ideas fundamentales se presentaban inicialmente como fórmulas programáticas y políticas, se han venido repitiendo en las Constituciones y en los Códigos Penales con diversa amplitud y precisión.

Con respecto a la misma, tenemos una clara muestra de esta postura crítica en las palabras del profesor Iván Meini quien con respecto al artículo 139, inciso 22 de la Constitución Política del Perú que postula la reeducación, rehabilitación y reinserción del penado luego de cumplir con su pena: ***“...De una simple lectura de este precepto constitucional puede entenderse que la cárcel reeduca, rehabilita y prepara al condenado para su reinserción en la vida social. De demostrar lo utópico y absurdo de esta idea se han encargado innumerables estudios de orden criminológico...”***⁷³

Esta crítica será confrontada en el punto 5.2.B⁷⁴ cuando se analice el número de actos antijurídicos como fundamento para el cambio de legislación⁷⁵.

Mientras que por otro lado se critica propia noción de bienes jurídicos y la incapacidad de determina los mismos, señalando a su vez que se estaría hablando únicamente de una teoría que sirva para imponer ciertos criterios determinados por un grupo con el poder de hacerlo. Esta visión crítica deriva muchas veces de la postura funcionalista sistémica del derecho en su rama penal (Jakobs, Teubner) quienes a su vez indican que en tanto no es posible determinar bienes jurídicos per sé, al ser valores aleatorios, el único valor certero en base al cual actuar en el derecho, debería ser la vigencia de las expectativas sociales, en tanto estas expectativas corresponden a los valores sociales plasmados de forma más clara y son compatibles con un carácter neutral.

A tal critica, se responderá en el punto 4 de la presente investigación en tanto el autor esbozará una respuesta sobre el tema desde un enfoque de análisis axiológico. Procederemos en este momento a presentar y analizar la incompatibilidad presente

⁷³ MEINI, Iván. “Interpretación constitucional y Derecho Penal”. En: Jurisprudencia y Doctrina Penal Constitucional. Lima. 2006. Pág. 353.

⁷⁴ Véase página 87

⁷⁵ Véase Capítulo III, subcapítulo: “Crítica a la postura que sostiene que el número de abortos ilegales en el Perú como referencia de inutilidad de la Sanción Penal”.

entre la postura retribucionista atribuida, con mucha razón, a Immanuel Kant y la teoría dialéctica de la unión.

3.1. Retribucionismo Kantiano Y Teoría Dialéctica De La Unión

Existe un punto crítico con respecto a la posibilidad de articular la teoría dialéctica de la Unión con una visión del derecho derivada de una visión kantiana. Se indica lo anterior en función a la propia visión de la pena que manejaba el autor central del primer capítulo de la presente tesis. En ese sentido podemos hacer referencia a una **- muy citada-** frase propuesta por el propio Kant en su texto “Metafísica de las Costumbres”: ***“...Aun cuando se disolviera la sociedad civil con el consentimiento de todos sus miembros (por ejemplo, decidiera disgregarse y diseminarse por todo el mundo el pueblo que vive en una isla), antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentre en la cárcel, para que cada cual reciba lo que merecen sus actos...”***⁷⁶.

Como podemos apreciar, de la citada frase se desprende una clara inclinación, por parte del autor, hacia una tendencia retribucionista de la pena. Es decir, un fin de la pena donde se tendrá como ***“...legítimo aplicar una pena toda vez que ese castigo sea la retribución por una lesión cometida culpablemente. Pero no cualquier retribución se considerará legítima, sino solo aquellas que sea justa, es decir, aquella que le reproduzca al autor un mal que compense el mal que ha causado libremente mediante una disminución de sus derechos...”***⁷⁷.

En este punto buscaremos demostrar, citando argumentos planteados en el primer capítulo de la presente tesis y algunos adicionales, que si bien Kant puede plantear argumentos de tipo retribucionista, eso no implica que los mismos sean coherentes

⁷⁶ KANT, Immanuel. “La metafísica de las costumbres” traducción y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho. Tecnos. Madrid. 1989. Pág. 168.

⁷⁷ RUSCONI, Maximiliano. Derecho Penal: Parte General. Ad Hoc. Buenos Aires. 2007. Pág. 33

con las premisas originales de su postulado. Indicamos lo anterior, en función a argumentos fundamentales que presentaremos a continuación.

En primer lugar tendríamos que indicar que la visión retribucionista de la pena en Kant, responde a un modelo teórico que busca consagrar la vida humana al valor **“justicia”**. En ese sentido, y para entender esta lógica, cabe recordar que la justicia fue un concepto dominante a lo largo del mundo antiguo y medieval.

Durante el mundo antiguo la justicia se podía entender como la más elevada de las virtudes, aquella que tenía que guiar el comportamiento de todo aquel miembro de la polis en sus relaciones con respecto a otros miembros de la misma. En ese sentido se pronuncia Aristóteles cuando indica que: ***“... (La justicia) no es una virtud absoluta y puramente individual; es relativa a un tercero, y esto es lo que hace que las más veces se la tenga por la más importante de las virtudes y más digna de admiración que la salida y la puesta del sol. De ahí que decimos que Todas las virtudes se encuentran en el seno de la justicia. Y añado, que es en grado eminente la completa virtud, porque ella misma es la aplicación de una virtud completa y acabada. Es completa, porque el que la posee puede aplicar su virtud con relación a los demás, y no sólo a sí mismo. Muchos pueden ser virtuosos con relación a su misma persona e incapaces de virtud respecto a los demás...”***

Como se podrá apreciar, la justicia en este sentido (en tanto virtud), es un principio de acción en la vida humana, el mismo que tiene que ser a su vez un principio guía de cualquier miembro de la **polis**. ***Todo esto se puede relacionar con la clara idea de que la justicia parte del sujeto para configurar cualquier relación.***

Sin embargo la visión de Kant acerca de la justicia es diferente. Para poder entender la forma como Kant concibe de la justicia, cabe recordar que todas **las críticas** de Kant

son obras morales. En ese sentido, Kant nos indica que para actuar moralmente, uno debe actuar por el "deber". Es decir, todo deber, es moral.

Pero Kant tenía una meta superior que la mera postulación de una moral deontológica (una moral del deber). Kant buscaba argumentar a favor del concepto de libertad. Concepto clave en toda la obra del alemán. Únicamente teniendo esto en mente, podemos entender el concepto de justicia del autor.

Distingue Kant en 4 tipos de deberes particulares. Los deberes hacia uno, hacia el otro, los perfectos (que son un fin en sí mismo) y los imperfectos (que buscan un fin diferente a ellos mismos) los cuales se relacionaran de la siguiente manera:

1. Los deberes perfectos hacia uno (Como la prohibición del suicidio)
2. Los deberes perfectos hacia otros (Como la prohibición de engañar a otro ser humano)
3. Los deberes imperfectos hacia uno (Como el cultivo de las habilidades o talentos)
4. Los deberes imperfectos hacia otros (Como el ayudar a la felicidad de otros)

Kant considera que los deberes pueden ser divididos en una segunda clasificación. Los deberes de justicia y los deberes de la virtud⁷⁸. La diferencia entre los mismos radica en que los primeros serán aquellos que puedan ser relacionados con un mandato coercitivo por parte de la ley, mientras que el resto –los deberes de la virtud- de deberes no podría serlo.

Ya que la libertad es la premisa de toda la argumentación Kantiana, la coerción es únicamente permitida cuando esta sea necesaria para preservar la libertad o para

⁷⁸ Virtud en Kant viene a relacionarse con aquellos comportamientos que no afecten la esfera pública, a diferencia de la postura de Aristóteles, donde la virtud será un principio de acción para con los otros, tanto en la esfera pública como en la privada.

facilitar que la misma ocurra. Esto implicará, entonces, que el concepto de Justicia en Kant estará relacionado con la idea de protección externa de la libertad. Es decir, con la concepción que será justa aquella acción llevada a cabo por el ente que posea el monopolio legítimo de la fuerza, que garantice la no afectación de la libertad del individuo por parte de otro individuo.

Podemos ver que la justicia tendrá un sentido negativo, en tanto sirva para garantizar la no afectación de la libertad del otro, mas no como un valor absoluto que tenga que ser preservado por sobre el individuo. Aquí encontramos el punto que hace inconsistente esta visión retribucionista de la pena con respecto al resto del pensamiento kantiano. La justicia desde el mundo moderno –y desde el sistema Kantiano más claramente- se subordina a la libertad.

Ya no será la virtud como principio de acción aquella que determine el actuar humano, será la libertad de la razón para autodeterminarse a sí misma, aquella que nos deje dar sentido al criterio de justicia. En ese sentido encontramos coherencia entre esta visión de la libertad de la razón para autodeterminarse y cuando se “materializa” a través del sujeto empírico en forma de libertad individual cuando el propio Roxin indica que: ***“...El punto de partida de toda teoría hoy defendible debe basarse en el entendimiento de que el fin de la pena sólo puede ser de tipo preventivo. Puesto que las normas penales sólo están justificadas cuando tienden a la protección de la libertad individual y a un orden social que está a su servicio...”***⁷⁹.

Se podría alegar entonces que si el fin de la pena debe ser la prevención del daño al otro, entonces al fallar esta prevención no tendría sentido encarcelar a alguien. Por el contrario, cuando una persona afecta la libertad de otro individuo, esta debe ser alejada del resto de la sociedad para prevenir futuros daños y se le debe dar la oportunidad, no de resocializarse, sino de poder aprender aquellas normas de

⁷⁹ ROXIN, Claus. Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. Segunda Edición. Madrid: Editorial Civitas. 1997. Pág. 95

conducta que permitan garantizar que al reincorporarse a la sociedad pueda respetar la libertad de los otros miembros de la misma.

En segundo lugar debemos mencionar que los actos que ***merecen ser sancionados previamente a cualquier disgregación de la población de la “isla”***, se encuentran enmarcados en el campo de lo fenoménico, siendo por ende, incapaces de vincular a nuestra razón desde el plano nouménico. Es decir, siguiendo los propios postulados Kantianos, no podría sancionarse a algún individuo en función de sus acciones, en tanto estas acciones no responden al deber ser, la sanción de cualquier comportamiento se deriva de la razón ***-el no seguir el “deber ser” de respetar la libertad individual puede ser sancionado-***, no el crimen en sí mismo. Siendo, por ende, contradictorio con los presupuestos kantianos, fundamentar el ***“deber ser”*** de la sanción en el ***“merecer”*** a través del delito.

Por lo indicado anteriormente, por más que se atribuya a ***“la Metafísica de las Costumbres”*** una continuidad con respecto a la Crítica de la Razón Pura y de la Razón Práctica, queda especificado que la misma rompe -en ese punto concreto- con el presupuesto del sujeto como centro de todo proceso intelectual (partiendo de la premisa de la libertad individual) y por ende, incapaz de ser subordinado al valor justicia.

Así, el fin de la pena tendría sentido si es que su deber ser se limita a tutelar de forma preventiva los bienes jurídicos determinados por el ejercicio de la libertad de la razón (los mismos que se condicen con un estado constitucional de derecho), perdiendo el sentido si es que se replantea la relación en función de que la búsqueda de la justicia como ideal puro. Cabe ahora precisar el concepto de bien jurídico a utilizar en la presente investigación.

4. **El Bien Jurídico**

El presente punto tiene por finalidad hacer una breve exposición acerca de la teoría del bien jurídico a utilizar en la presente tesis y su desarrollo teórico, en función de poder plantear tal concepto dentro del marco teórico planteado en la presente tesis, el cual es en primer lugar entender el derecho como un sistema de garantías y en segundo lugar el entender el derecho penal como la rama del derecho, que a su vez tiene por objeto la protección de bienes jurídicos en forma subsidiaria.

4.1. Fundamentación Axiológica Del Concepto De Bien Jurídico Y Bien Jurídico

Penal

Empezaremos este punto por hacer un pequeño planteamiento previo que sin duda puede servir para el desarrollo del concepto a tratar. Propondremos una breve introducción teórica al concepto del valor, para posteriormente desarrollar el concepto del bien, este último sin el cual sería imposible definir la visión a utilizar del bien jurídico y del bien jurídico penal.

4.2. El Valor

El presente punto buscará plantear de forma breve el concepto mediante el cual la presente investigación trabajará el concepto de valor. Plantearemos tal cuestión de forma breve en tanto la profundización sobre tal punto no es sujeto de investigación de la presente tesis, sin embargo consideramos a su vez, que cualquier investigación que verse sobre el bien debe partir de la concepción axiológica que posea el autor de la misma. En ese sentido propondremos una lectura axiológica previa a la lectura jurídica del bien.

Cabe notar que cuando hacemos referencia al término valor, nos referiremos a él en el siguiente sentido: “...**El valor es (...) la cualidad del objeto que responde a una aspiración de la conciencia...**”⁸⁰

Cuando hablamos de axiología, debemos entender por ella a la rama de la ética que estudia los “**valores**”. Dentro de esta rama existen diversas posturas sobre los mismos, en ese sentido nos remitiremos al enfoque dado por Theodor Lessing⁸¹, el mismo que divide el acceso o perspectiva de análisis de los valores en tres planos:

- A. Axiología a Priori (Aritmética del valor, axiología trascendental)
- B. Fenomenología del Valor (teoría de la esencia o significación del valor y de la conducta valorativa)
- C. Psicología del valor y de la voluntad (ciencia empírica del valor como objeto de conciencia) y de la conducta valorativa (como proceso de conciencia) y Axiología basada en los criterios económicos y biológicos del ser humanos.

Pasaremos a analizar de forma breve las tres corrientes planteadas por Lessing, en función de encontrar aquella que se adhiera al modelo constitucional adoptado de forma previa. Sin embargo, debemos tener en cuenta si bien nos estamos refiriendo a valores, en tanto nos referimos a su efecto en el plano fenoménico, cuando los mismos sean analizados desde un punto de vista jurídico deberán incluir necesariamente un correlato con la realidad.

a. **Axiología A Priori O Formal**

⁸⁰ Hubbert. R. Esq. D'une doctrine de la more. Pág. 145. Tomado de “Diccionario del Lenguaje Filosófico”. Dirigido por Paul Foulquié. Editorial Labor. Madrid. 1967. Pág. 1056.

⁸¹ LESSING, Theodore. “Estudios Acerca de la Axiomática del Valor”. Trad. Luis Villoro. UNAM. México D.F. 1959. Pág. 17.

La primera perspectiva de análisis planteada por Lessing, nos hará referencia al de la Axiología a priori. Este tipo de enfoque con respecto a la idea del valor, nos presentará un conjunto de postulados lógico ideales, tales que su apreciación mediante el uso eficiente del entendimiento nos daría lugar a leyes o axiomas demostrables mediante expresiones lógico aritméticas.

Así, tendríamos que los valores deberían ser planteados como existencias puras en el plano ideal interno (razón), lo cual implicaría a su vez que los mismos al ser planteados de forma apriorística responderían, en un modelo constitucional, al contenido material de las normas a ser desarrolladas. En otras palabras, en tanto se encuentran en el plano constitucional, no deben ser experimentados para poder ser planteados.

En esa lógica de pensamiento tenemos a Cruz Prado quien siguiendo este enfoque nos indicará que: ***“...Los valores son cualidades de valor o esencias axiológicas. Se justifican o valen por sí mismos, por su contenido: su valor está en lo que ellos significan. No son cosas ni conceptos abstractos, sino algo dado inmediatamente y en sí. No pertenecen a la experiencia sensible, sino a la experiencia fenomenológica...”⁸²***.

Tales valores pueden ser demostrados por medio del uso de herramientas meramente formales tales como la lógica y la aritmética, conforme lo anterior y en ese sentido, los mismos no requerirían de nada más para ser sujetos de aceptación por los investigadores. En ese sentido estamos hablando de valores de existencia a priori que por medio de un correcto uso de la razón (la razón de los filósofos que plantean este entendimiento de los valores) podrían ser demostrados.

⁸² CRUZ PRADOS, Alfredo. “Historia de la filosofía contemporánea”. EUNSA. Pamplona. 1991. Pág. 153. La cursiva es nuestra.

Plantearemos a continuación el ejemplo que da Lessing⁸³ de la axiología pura, la cual será accesible mediante una demostración lógico aritmética y que se correspondería a su vez con lo que en el criterio jurídico como “criterio de ponderación constitucional, así nos plantea Lessing lo siguiente:

Si A es un valor positivo y B es un valor positivo, A + B son un valor positivo mayor que A solo y B solo. Si a es un valor negativo y b es un valor negativo, entonces a + b son un valor negativo mayor que a solo y b solo.

Cuando hablamos de una axiología a priori o formal, hacemos referencia a la existencia de los valores únicamente en un plano ideal, así como de la capacidad de los seres humanos de llegar a conocer los mismos, por medio del acceso a su propia razón, es decir, mediante la correcta aplicación de la razón dentro de la intuición humana.

b. Fenomenología⁸⁴ Del Valor

Desde esta perspectiva de análisis de la axiología, los valores no se niegan como entidades ideales (del objeto), sino, que se plantean como entidades de acceso **relativo** por medio de la fenomenología de la conducta valorativa (del acto).

Lo anterior nos deja entender que mediante esta perspectiva no se niega la existencia de valores de carácter universal u objetivo, sin embargo si se niega la capacidad del sujeto de acceder a ellos de objetiva o universalmente igual. Se niega tal capacidad

⁸³ LESSING, Theodore. “Estudios Acerca de la Axiomática del Valor”. Trad. Luis Villoro. UNAM. México D.F. 1959. Pág. 17

⁸⁴ En este punto cabe notar que por fenomenología hacemos referencia no al término en el sentido que planteará M. Merleau-P. En el cual se habla de la intimidad de los objetos y la presencia en ellos de estructuras solidas. Sino en el sentido en el que lo presentaban Husserl y Sartre, como una descripción de la conciencia pura, de las estructuras internas y esenciales, alejado esto a su vez, de la corroboración empírica en un primer momento. Es decir, se habla de fenomenología del valor en un sentido intuitivo. De tal forma cabe notar que existe una diferencia entre fenomenología del valor y fenomenología de la valoración o conducta valorativa, la cual si tomará en cuenta el valor empírico de la conducta del sujeto en tanto la valoración será en un plano ideal, la conducta valorativa implica aproximación por parte del sujeto.

en tanto no podemos asegurar que el sujeto pueda acceder a un tipo de conocimiento esencial como lo serían los valores, sin una previa voluntad de acceso a los mismos. Si bien se conocen por intuición, los mismos son reconocidos por la voluntad.

Cuando indicamos reconocimiento, nos referimos al análisis, desarrollo y demostración de los mismos, situación que no será a priori, sino que requerirá del acto del sujeto, de una conducta valorativa. Esta conducta entonces será analizada como lo que es, una aproximación empírica a los mismos.

En ese sentido cabría plantear que si bien los objetos de análisis dentro de la axiología (valores) pueden ser de naturaleza absoluta u objetiva, la aproximación a los mismos será a través de una conducta llevada a cabo por un sujeto (acción). Conforme a lo anterior, cabría aclarar que si bien estamos hablando de una aproximación por parte del sujeto a los valores, estos no tendrían que ser considerados subjetivos por ese mero hecho.

La salvedad servirá para plantear una apreciación relativa de los valores objetivos. De tal forma, se lograría un entendimiento de aquellos valores (esencias) que se adecuaría a la perspectiva que asuma aquel que los aprecia o desarrolla.

Para un mejor entender este postulado de la relatividad con respecto a objetos “puros” o “ideales” tales como los valores, nos serviremos de un ejemplo propuesto por Albert Einstein para exponer la teoría de la relatividad en materia gravitacional en el cual para explicar la misma propone un pequeño experimento: ***“...Pon la mano en una hornilla caliente por un minuto y parecerá una hora. Siéntate al lado de una chica linda por una hora y parecerá un minuto...”***⁸⁵

⁸⁵ Cita atribuida a Albert Einstein para explicar la teoría de la relatividad cuando era consultado por personas ajenas al tema.

Conforme tal ejemplo, situamos el acceso a los valores (conducta) en el mismo plano que la capacidad para sentir el tiempo de los sujetos, mientras que el valor per se (objeto/tiempo) puede ser medido de forma exacta sin mediar una valoración de por medio⁸⁶.

c. Psicología Del Valor, De La Voluntad Y De La Conducta Valorativa Y Axiología Basada En Los Criterios Económicos Y Biológicos Del Ser Humanos

Cuando nos referimos a la psicología del valor, de la voluntad y de la conducta valorativa, nos referimos a una aproximación que buscará acceder a un estudio objetivo de los sujetos que llevan a cabo una conducta valorativa. Lo anterior se dará por medio del uso de aquello conocido como voluntad y haciendo uso de esta de forma tal que lleguen a desarrollar una valoración.

De tal forma, estaremos hablando de un empirismo puro basado en el análisis del sujeto, sin mayor relación con respecto al objeto sobre el cual se trabaja (valores). En todo caso, a diferencia de los dos enfoques previos, este tipo de enfoque no reconocerá la existencia de algún valor sin que haya sido previamente verificado mediante la comprobación experimental con los sujetos sobre los cuales se presume estarán actuando conforme a tal valor.

Asimismo, cuando hablamos de una axiología basada en los criterios económicos y biológicos en los seres humanos, nos referimos a un enfoque utilitarista en el primer caso y genetista en el segundo. En ese sentido al hablar del enfoque axiológico en base a criterios económicos, podemos referirnos a la postulación de valor de uso y valor de cambio desarrollada por el marxismo, en la cual los encontraríamos fuera del alcance de las existencias ideales (Valores).

⁸⁶ Si bien el ejemplo de la teoría de la relatividad deviene de una teoría planteada dentro de una ciencia natural o ideal (física) y no a una ciencia fáctica o social (derecho), las aplicaciones didácticas servirán para acceder a un mejor entender del planteamiento del valor.

Al hablar de este tipo de enfoque, cabe notar su corte materialista y pragmático. Se puede entender esto desde las lecturas marxistas dadas a la historia. Para citar una definición de esta visión tenemos a Condillac quien indicará que ***“...El valor de las cosas se basa en su utilidad, o, lo que es lo mismo, en la necesidad que de ellas tenemos, o, lo que resulta también equivalente, el uso que de ellas podemos hacer...”***⁸⁷

Mientras que al referirnos a un enfoque biológico de los valores, nos referimos al estudio de aquellas condiciones que dieron lugar a que se desarrollaran determinados procesos de pensamiento dentro de nuestra especie. Dentro de esta rama de investigación existen actualmente diversos estudios en marcha derivados de lo que se conoció en la década de los 70s, como la “Social Biología”, de lo que derivó la actual psicología evolutiva⁸⁸.

Ya planteados estos tres enfoques con respecto al acceso al valor, debemos indicar que será el enfoque denominado de ***“Fenomenología del Valor”***, aquel que permita tener una aproximación tal que no se contradiga con el enfoque que el derecho como sistema de garantías posee. Es decir, si bien hemos dado un contenido de valores a nuestra norma constitucional, tales valores tendrán sentido en tanto y en cuanto sean analizados conforme al caso concreto de análisis. Entendiendo lo anterior, con aquella necesidad de poder compaginar tanto lo abstracto con lo concreto, estado ahí la función del derecho, el poder enmarcarse como ese vínculo entre valores adoptados de forma política y la realidad en la cual el modelo adoptado debe tomar forma.

4.3. El Bien

⁸⁷ CONDILLAC. “Le Commerce est le Gouvernement”. Tomo I, parte I. Tomado de “Diccionario del Lenguaje Filosófico”. Dirigido por Paul Foulquié. Editorial Labor. Madrid. 1967. Pág. 1054.

⁸⁸ En ese sentido recomendamos revisar el texto “The Handbook of Evolutionary Psychology” por David Buss, así como “Applying Moral Theories” por C.E. Harris, textos en los cuales se podrá apreciar el desarrollo de esta rama de estudios psicológicos.

Ya trabajado el tema del valor, debemos especificar que cuando hablamos del concepto de “**bien**”, únicamente estamos expresando en forma de continente, el contenido (**valor**). Debemos recordar que el bien será aquello sobre lo que el valor recaiga, siendo el bien y el valor dos cosas diferentes pero unidas en tanto una contiene a la otra⁸⁹.

Así, el bien será aquello que contenga aquellos valores con respecto a los cuales los individuos posean algún vínculo o relación. La relación entre el bien y el individuo será directa, en tanto los valores existen en un plano ideal, los bienes serán su materialización en un plano factico, siendo por tanto coherente velar o fomentar el desarrollo de un bien en tanto el mismo representaría al valor positivo que por medio de su materialización podría ser tutelado de forma empírica⁹⁰.

4.4. El Concepto Del Bien Jurídico En La Presente Tesis

Ahora que se ha postulado la existencia de los bienes como continentes de los valores, cabría preguntar cuales de estos bienes podrían ser considerados como relevantes al orden jurídico. En ese sentido empezaremos por plantear los límites conceptuales dentro de los cuales este concepto debe comprenderse:

1. En primer lugar tendremos el concepto del derecho entendido desde la lógica del derecho como sistema de garantías.
2. En segundo lugar tendremos la postulación a priori del contenido de los bienes y la afirmación de que el acceso a los mismos se dará de forma relativa, lo cual permite que se acepte criterios tales como la ponderación al caso concreto de darse algún conflicto entre valores.

⁸⁹ Véase a DERISI, Octavio. El señala citando a Scheler que: “**...Los hombres que designan valores no hacen referencia a meras propiedades de las unidades que están dadas como cosas y que nosotros llamamos bien...**”. En Max Scheler, *Ética Material de los Valores*. EMESA. Madrid. Pág. 64

⁹⁰ En el mismo sentido se sería lógico también, negar el desarrollo o tutela de bienes que contengan valores de carácter negativo.

3. En tercer lugar tendremos el Estado Constitucional de Derecho como límite argumentativo de cualquier valor a tutelar. Conforme lo anterior, cualquier argumentación debe apuntar a satisfacer los valores recogidos dentro de la constitución.

Conforme lo anterior, podremos indicar que para la presente investigación: **“Un bien jurídico será aquel que contenga dentro de sí, un valor que se derive del marco constitucional del estado”**. Una vez entendido el bien jurídico como vinculado al marco constitucional, pasaremos al siguiente nivel de análisis, el concepto de bien jurídico penal.

4.5. El Concepto Del Bien Jurídico Penal En La Presente Tesis

Ya definido el concepto de bien jurídico coherente con la noción de derecho que se maneja en la presente tesis, así como el fundamento axiológico sobre el cual se debe fundamentar la idea de este **“bien”**, cabe plantearnos la vinculación que este tendrá con respecto al análisis de la teoría dialéctica de la unión, que fuese a su vez la única de las dos teorías contemporáneas en discusión, que de forma adecuada se adhiere o subordina al marco constitucional peruano.

Al principio de este capítulo planteamos que usaríamos un concepto de derecho penal entendido como ***ultima ratio*** dentro del estado constitucional de derecho, cuya función será la de garantizar los valores constitucionalmente recogidos, por medio de la conminación de penas mediante la plasmación positiva de una conducta ilícita. Sin desmedro de lo anterior, sobre esta capacidad de conminación se sustentó que tanto la teoría a la cual nos adscribíamos (Roxin sobre Jakobs), como el desarrollo constitucional, tienen al principio de ***subsidiariedad*** y a las ***garantías propias de un Estado Constitucional de Derecho*** como límite en su actuación.

Es decir, que únicamente se sancionaran penalmente aquellas vulneraciones a bienes jurídicos que no puedan ser afrontadas por **otros medios menos perjudiciales o gravosos**⁹¹ y que a su vez **existan como vulneradoras** de un Estado Constitucional de Derecho.

Tal y como lo dijera el tribunal constitucional en el numeral 9º de su sentencia recaída en el expediente N° 0012-2006-PI/TC: ***“...En un Estado social y democrático de derecho, el Derecho Penal debe procurar, fundamentalmente, servir a todos los ciudadanos, evitando que la pena se convierta en un fin en sí mismo, y que desconozca el interés por una convivencia armónica, el bienestar general o las garantías mínimas que la Norma Fundamental le reconoce a toda persona...”***.

Conforme lo anterior podremos concluir que aquel bien jurídico que sea sujeto de tutela por medio del derecho penal, deberá a su vez servir a todos los ciudadanos y responder únicamente al criterio de subsidiaridad y respeto de garantías mínimas constitucionales. Con lo cual, podremos indicar que: ***“Serán bienes jurídicos de tutela penal, aquellos bienes sobre los cuales recaiga un valor constitucionalmente recogido y a su vez no puedan ser tutelados de forma menos perjudicial dentro del marco del Estado Constitucional de Derecho, en función de servir a todos los ciudadanos, reconociendo a su vez el hecho de que a los valores constitucionalmente recogidos, los ciudadanos podrán acceder de forma diferenciada”***.

En tanto nos referimos a un estado constitucional de derecho, donde diversas situaciones podrían poner en conflicto dos o más valores recogidos constitucionalmente (los mismos que conforme hemos visto en el primer capítulo del presente trabajo no tendrán una jerarquía estática, sino que, de darse el caso en concreto deberían analizarse para poder el juez de esta forma resolver el conflicto

⁹¹ LOPERA MESA, Patricia. “Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales”. En: Jueces para la democracia N° 53. 2005. Pág. 39.

presentado) debemos notar que el criterio de proporcionalidad (o ponderación) presentando en el primer capítulo podría a su vez responder a tal situación y por ende permitir resolver el caso de forma concreta y coherente con el resto del sistema.

Asimismo, el tomar en cuenta respuestas sociales con respecto a determinados supuestos de conminación penal, podrá a su vez representarse como un supuesto coherente dentro del estado Constitucional, en tanto el mismo toma en cuenta al derecho como una herramienta que permita mantener una conexión entre los valores plasmados en la constitución y la realidad en la que pretenden tener relevancia.





CAPITULO III: ANÁLISIS DEL CASO DEL ABORTO POR VIOLACIÓN SEXUAL EN EL PERÚ

“...Porque todo derecho, depende de las leyes. Pero una ley publica que define lo que es permitido para todos y prohibido por derecho, es el acto de una voluntad pública de la cual todos los derechos proceden y que por sí misma no puede causar injusticia a nadie. Y esto requiere nada menos que la voluntad entera de la gente (ya que todos los hombres deciden por todos los hombres y cada uno decide por sí mismo). Porque solo hacia uno mismo uno nunca puede actuar de forma injusta. Pero por el otro lado, la voluntad de una persona no puede decidir nada por alguien sin injusticia, de tal forma que la ley hecha por esta otra persona requeriría una ley superior que limite su legislación. Por ello, una voluntad individual no puede legislar por la comunidad. Porque para legislar se requiere libertad, igualdad y unidad de la voluntad de todos los miembros...”

(Immanuel Kant, Sobre la Relación de la Teoría y Práctica en los Derechos Políticos)

A lo largo de los dos capítulos anteriores hemos planteado un entendimiento del sistema jurídico en el Perú a la luz de categorías kantianas por un lado y Axiológicas por otro. De tal forma, se ha buscado encontrar una coherencia sistémica conforme a

los postulados del sistema que poseemos a la fecha. De tal forma y en base a tal coherencia planteada y a los conceptos desarrollados, procederemos en el presente capítulo a estudiar el caso del aborto por violación sexual y su correspondiente tratamiento en la legislación peruana.

1. El Aborto

Cuando nos referimos a la palabra “aborto”, se puede entender la misma, en su sentido etimológico, el cual se podrá encontrar en sus raíces latinas⁹². Empezaremos indicando que “Ab” es un prefijo usado en el latín para indicar negación o privación de algo, mientras que “Ortus” significa origen o nacimiento o el proceso de salida del sol de oriente a occidente, por obvias razones nos referiremos a “Ortus” en su primera connotación.

Entonces tendremos que la palabra “Abortus” será entendida como privación del nacimiento. Entonces por la palabra aborto se puede entender como la privación del nacimiento o una situación en la cual un parto ha sido negado. El sentido que comúnmente se le da a esta palabra -y el cual tomaremos en la presente investigación- será el Aborto como interrupción de un embarazo en función de impedir un correcto parto.

2. El Aborto Y Su Regulación En El Perú

A la luz de los conceptos desarrollados en la presente tesis, procederemos a analizar el supuesto denominado como Aborto sentimental (aborto de un embarazo a consecuencia de una violación sexual), en tanto este sería aquel que comprendería dentro de sí, una situación límite al sistema jurídico tal y como lo conocemos y bajo el cual nos encontramos enmarcados. Sin perjuicio de lo anterior, consideramos

⁹² Diccionario Ilustrado Latino-Español. Prologo de Vicente García de Diego. BIBLIOGRAF. Barcelona. 1964.

pertinente presentar de forma breve la manera cómo se ha tratado el supuesto del aborto a lo largo de la historia republicana del Perú.

Empezaremos por el código de Santa Cruz, el mismo que en su artículo 517 señalaba que: ***“...La mujer embarazada que para abortar emplea algunos de los medios expresados y aborte frecuentemente sufrirá de reclusión de 1 a 2 años; pero si fuera soltera o viuda no corrompida y de buena fama anterior y resultare a juicio del Juez que el único principal móvil de la acción fue el de encubrir su fragilidad, se le impondrá solamente de 1 a 2 años de arresto...”***.

Como podemos apreciar, el código indicado no tomaba en cuenta el supuesto del aborto por materia sentimental debido a que el mismo, únicamente tomando en cuenta como atenuante de la pena a infligírsele el supuesto de que ***fuese soltera o viuda no corrompida***. Si bien la regulación del código de Santa Cruz puede sonar perjudicial para aquellas mujeres que hayan sido víctimas de violación sexual (debido a que no se tomaría en cuenta tal supuesto como atenuante siquiera), se debe comprender que al momento de darse tal legislación, una visión más igualitaria no era aun viable en la sociedad.

Pasemos ahora al Código Penal de 1863 en su artículo 243 señalaba que: ***“...La mujer embarazada que de propósito causare su aborto, o consintiere que otra lo cause, sufrirá reclusión en cuarto grado, según el artículo 32, con 4 años, si fuera de buena fama y cometiera el delito, deseado por el temor de que se descubra su fragilidad, se rebajara un grado de pena...”***.

Nuevamente vemos que el impacto de la sanción no discierne entre supuestos diferenciados de causalidad de aborto. Alegándose si, un trato favorable conforme a la fama de la mujer a la que se le lleve a cabo el aborto. Conforme el pensamiento

imperante de la época, esta tipificación, responde al mismo modelo del código de santa cruz.

Ya entrado el siglo XX, el Código Penal de 1924 desarrolla el supuesto del aborto en su artículo 159, el mismo que indicaba que: **“...La mujer que por cualquier medio adoptado por ella, o por otro con su consentimiento, causare su propio aborto, sufrirá prisión no mayor de cuatro años...”**. En este caso, desde el artículo 159 al 164, se indicaban los tipos de aborto sancionables penalmente y no cabían situaciones de atenuaciones de la pena.

Sin embargo, en 1969, se promulgo el Código Sanitario, el cual básicamente replicaba en el artículo 20º la represión del aborto. A diferencia del articulado del código de 1924, este presentaba una excepción al indicar que el aborto podría darse de presentarse un peligro para la salud o la vida de la madre, es decir, se hablaba de un aborto terapéutico no sancionado. Seguidamente, en 1981 se emite el decreto legislativo N° 121, el mismo que indicaba de forma expresa que se permitía el aborto de tipo terapéutico de no haber otro medio para salvar la vida de la madre o si el llevar a cabo el embarazo generará un daño en su salud grave y permanente.

Actualmente el Código Penal que se encuentra en vigencia es el comúnmente denominado Código de 1991, el mismo que en su artículo 120º trata el aborto Sentimental y eugenésico de la siguiente manera: **“...El aborto será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres meses: 1. Cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera de matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera de matrimonio, siempre que los hechos hubieren sido denunciados o investigados, cuando menos policialmente; o 2. Cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico...”**.

3. El Aborto Por Violación Sexual O “Sentimental”

En la actualidad existe un debate constante sobre la viabilidad de la sanción penal del aborto. Tal debate nos presenta con argumentos tanto a favor como en contra, en ese sentido presentaremos ambas posturas sobre el aborto, para posteriormente presentar la toma de postura final del presente capítulo, siempre a la luz de los conceptos desarrollados a lo largo de la presente tesis.

4. Posturas En Contra Y A Favor De La Despenalización Del Aborto Sentimental O Por Violación Sexual

Con respecto a este conjunto de posturas, consideramos que es viable resumirla en dos grupos, las posturas de carácter jurídico esbozadas por académicos en el Perú y las posturas de carácter ético-religioso esbozadas comúnmente por grupos religiosos y grupos civiles conocidos como “pro vida”.

En ese sentido, cabe indicar que para los fines de la presente tesis, centraremos la siguiente presentación únicamente en los argumentos de carácter jurídico que se esbozan por ambas partes.

4.1. Posturas En Contra De La Despenalización Del Aborto Por Violación Sexual

Con respecto a los académicos que se han manifestado claramente contra el aborto, deberemos decir que las posturas más contemporáneas en el marco nacional pueden a su vez ser representadas por un lado por el profesor Eduardo Oré Sosa⁹³ y por el otro el profesor José Antonio Caro John⁹⁴.

⁹³ Véase Anexo 1: “Pronunciamiento sobre el proyecto de reforma del código Penal por Profesor Eduardo Oré Sosa”

⁹⁴ Véase Anexo 2: “Comentarios al Proyecto de Reforma de la Dra. Rosa Mavila León sobre el delito de aborto por el profesor José Antonio Caro John”

En ese sentido, podemos indicar que cada uno de los citados profesores ha hecho pública su posición con respecto al tema del aborto en documentos que en la presente investigación nos tomaremos el atributo de presentar en forma de anexos para que puedan ser revisados sin mayor prejuicio por los lectores⁹⁵ de la misma.

Procederemos ahora a presentar ambos argumentos, empezando por el del Profesor Caro, en tanto refleja una posición con respecto a la cual ya nos hemos pronunciado dentro de la presente tesis.

a. **El Derecho Debe Satisfacer Las Expectativas Normativas De La Sociedad En Materia De Aborto**

La postura del profesor Caro sigue la lógica de la teoría sistémica funcional planteada por Gunther Jakobs y fundamentada a su vez en la sociología de Niklas Luhmann, esto se puede apreciar en su texto en tanto nos habla de nociones tales como identidad normativa y expectativas sociales.

Así, el profesor Caro empieza su desarrollo teórico indicando con respecto a los argumentos propuestos para despenalizar el aborto⁹⁶ en determinados supuestos (eugenésico y sentimental) por la comisión revisora del código penal, que los mismos ***“...no reflejan la identidad normativa de la sociedad de nuestra época ni captan***

⁹⁵ El artículo del profesor Oré fue hecho público por el propio autor y el profesor Caro John autorizo personalmente el uso del mismo al autor de la presente tesis.

⁹⁶ La propuesta de modificación del artículo 120 del código penal hecha por la comisión revisora del mismo, indica que: “No es punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal en los casos siguientes: 1) cuando constituye el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave o permanente; 2) cuando es probable que el ser en formación obedezca o desarrolle graves malformaciones o tareas físicas o psíquicas, siempre que exista al respecto el diagnóstico médico especializado, y 3) cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual, siempre que los hechos hubiesen sido denunciados penalmente, así como de la inseminación artificial o transferencia de un óvulo fecundado no consentidas”.

*el tratamiento normativo del arraigado espíritu del aborto en los ordenamientos jurídicos contemporáneos...*⁹⁷

Sobre la lógica que sigue el profesor Caro con respecto al derecho penal, el fin de la pena y la relación causal entre los presupuestos lógicos de la propuesta de despenalizar el aborto en determinados supuestos se aprecia que para él, la sanción del supuesto del aborto en todos los casos es: ***“... una síntesis de expectativas normativas de conductas que rigen a pesar que un sector de la sociedad no las reconozca como válidas en función de una ideología. Si tuviese que despenalizarse el aborto tan sólo porque a causa de su prohibición en la práctica clandestina mueren más mujeres de escasos recursos, entonces al llevar esta ideología a la coherencia habría también que despenalizar el delito de robo agravado porque quienes más lo cometen son los sujetos pobres...”***⁹⁸

Así, conforme se puede desprender del texto, no cabría alegar la despenalización del aborto en tanto la sanción del mismo refleja las expectativas normativas de la población y estas expectativas con respecto a la vida del feto ***son su indiscutida protección***. Tales expectativas, a su vez, responden a un proceso histórico social de evolución.

Como podemos apreciar, se sigue la misma línea de los presupuestos planteados por el profesor Gunther Jakobs. En función a tal premisa, serán analizados sus postulados de forma posterior en la presente investigación.

Pasaremos ahora al siguiente argumento, el presentado por el profesor Oré.

b. El Bien Jurídico “Vida Del Concebido” Debe Ser Tutelado Penalmente De Forma Indiscutida

⁹⁷ Véase Anexo 2 pagina 2.

⁹⁸ Véase Anexo 2 pagina 2. (el subrayado es nuestro)

El profesor Oré enfoca su crítica a la despenalización del aborto desde la postura de la tutela de los bienes jurídicos como fin del derecho penal. En ese sentido en el texto que presentamos como referencia en la presente investigación, podemos apreciar que su crítica a la propuesta de despenalización del aborto en los casos de aborto de carácter sentimental y eugenésico se fundamenta en que tales comportamientos: ***“...atentan contra un bien jurídico de máxima importancia en cualquier sociedad regida bajo los cánones de un Estado democrático de Derecho: el derecho a la vida. Sin el respeto del derecho a la vida (...) los demás derechos pierden sentido...”***⁹⁹

Así, el bien jurídico a tutelar dentro de la lógica planteada por el profesor Oré, no será otro más que la vida del feto. Así siendo que el feto, desde la lógica del citado profesor, constituye vida humana por su mera existencia y por ende merece toda la protección que el Estado por medio del derecho penal pueda ofrecerle.

En ese sentido podemos apreciar su texto cuando hace el cuestionamiento a la falta de necesidad de la pena en algunos supuestos: ***“...Entendemos que cuando el Dr. Víctor Prado propone despenalizar el aborto eugenésico y el aborto por violación no niega el desvalor de la conducta (hay merecimiento de pena), pero seguro considera que desde el punto de vista político criminal no hay necesidad de pena. Como los casos arriba señalados de los hurtos entre padres e hijos, o los delitos de bagatela, donde se estima innecesaria la intervención del Derecho Penal. ¿Pero vale aplicar ello cuando ya no hablamos del bien jurídico patrimonio, sino de la eliminación dolosa de una vida humana?...”***¹⁰⁰

Podemos concluir que en tanto el feto constituye de por sí, en cualquier momento de su existencia, una vida humana y la vida humana merece toda la protección del derecho penal, el bien jurídico a tutelar será la vida.

⁹⁹ Véase Anexo 1 páginas 1 y 2.

¹⁰⁰ Véase Anexo 1 página 2.

Procederemos ahora a presentar las posturas generalmente planteadas a favor de la despenalización del aborto

4.2. Posturas A Favor De La Despenalización Del Aborto Por Violación Sexual

Siguiendo el orden planteado previamente, tal y como dentro de las posturas en contra de la despenalización del aborto presentamos dos argumentos que nos parecían lo suficientemente claros para ser expuestos como un marco de discusión del tema central del presente capítulo, corresponde realizar lo mismo con respecto a los argumentos planteados a favor del aborto.

a. La Libertad De La Mujer Para Decidir Sobre Su Cuerpo

Uno de los argumentos más comunes que se esgrime para postular la despenalización del aborto es el hecho de que la mujer como ser humano autónomo, tiene derecho a ejercer tal autonomía con todas las libertades civiles que le correspondan, en tanto de tal manera podrá realizar su plan de vida buscado. Así, en tanto el feto constituye ***una existencia dentro del cuerpo de la mujer***, esta estaría en capacidad de disponer de él, en ejercicio del derecho a la libertad de autodeterminación sobre el propio cuerpo.

En tanto la mujer considere que no desea tener al feto dentro de ella y menos, llegar al parto, debido a cualquier consideración que ella considere pertinente, cualquier norma que la obligue a llevar tal ***carga*** consigo, será considerada como vulneradora de su derecho constitucionalmente reconocido a la libertad¹⁰¹.

¹⁰¹ Constitución Política del Perú **Artículo 2: Inciso 3.-** A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público.

Inciso 24, literal b.- A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia; No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley. Están prohibidas la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas.

Margarita Valdez nos expresa claramente esta lógica al hablar sobre la maternidad no deseada y presenta a su vez dos razones a analizar: ***“...primero, la maternidad no deseada puede interferir seriamente con los planes que una mujer haya elegido reflexiva y críticamente para su vida; segundo, puede convertirse en una pesada carga, especialmente en los casos de mujeres pobres con hijos...”***¹⁰²

Asimismo, Ibáñez y García-Velazco indica sobre esta libertad enfocada a la maternidad: ***“...Derecho este, de libre maternidad, que es facultad y opción de la mujer, nunca obligación; expresión de su libertad y exponente de su personalidad, y, como se ha dicho recientemente, expresión de la autodeterminación consciente y responsable de su propia vida...”***¹⁰³

En tanto se alega un derecho de carácter constitucional a la libertad, consideramos este argumento de carácter jurídico y por ende lo colocamos al mismo nivel que los argumentos planteados desde la lógica penal por los autores citados en el punto previo. De tal forma procederemos ahora a presentar el segundo argumento a favor del aborto que se presenta de forma más recurrente en los debates con respecto a la despenalización del mismo.

b. El Número De Abortos Ilegales En El Perú Como Referencia De Inutilidad De La Sanción Penal

En el año 2006 se desarrollo en el Perú un estudio muy interesante que refleja el nivel de abortos en el Perú, en ese sentido, las conclusiones de tal estudio fueron las siguientes: ***“...De acuerdo a la ENDES 2004-2005, el 57% de nacimientos ocurridos en los últimos cinco años se produjeron sin que sus padres los hubieran deseado. Esta cifra encaja con estadísticas sobre exposición al riesgo***

¹⁰² VALDEZ, Margarita. En Dilemas Éticos: “Aborto y anticoncepción en México: las actitudes y los argumentos de la iglesia católica”. Fondo de Cultura Económica. México DF. Pág. 54

¹⁰³ IBÁÑEZ Y GARCÍA-VELASCO, José Luis. “La despenalización del aborto voluntario en el ocaso del siglo XX”. Siglo Veintiuno de España. Madrid. 1992

de embarazo. En el país de 3.8 millones de mujeres sexualmente activas, alrededor del 30% o sea 1.4 millones está en riesgo de salir embarazada sin desearlo. Frente a esta contingencia algunas optan por tener un hijo no deseado y otras por interrumpir el embarazo. En este sentido cada año se producirían 376 mil abortos clandestinos en el país y aproximadamente 1.8 millones de nacimientos no deseados....”¹⁰⁴

A raíz de las cifras derivadas en la citada investigación, se apela al alto número de abortos ocurridos en el país para proponer que su despenalización sea el reflejo de un comportamiento que se viene dando desde hace largo tiempo dentro del estado peruano. En ese sentido, se propone que en base a la información obtenida acerca de la cantidad de personas (mujeres) que incumplen con la normatividad vigente y llevan a cabo un aborto, se expresen políticas que permitan eliminar las desigualdades sociales y beneficiar a las mujeres que se ven obligadas a llevar a cabo el aborto.

Como argumento adyacente al previamente presentado, también se indica que en realidad, la norma penal únicamente genera un perjuicio contra aquellas ciudadanas que no tienen los medios económicos para pagar por el secreto profesional de médicos y personal capacitado, ya que es **vox populi** que un aborto en el Perú puede realizarse de forma higiénica y segura de tener los medios económicos necesarios.

Así, la ineficacia de la sanción penal para disuadir a aquellos que buscan llevar a cabo abortos se constituye, desde esta lógica, como un supuesto de negación de la capacidad preventiva de la pena, así como en una manifestación de cambio en la moral social con respecto a un determinado supuesto tal y como sería el aborto.

5. Análisis De Las Posturas Con Respecto Al Aborto

¹⁰⁴ FERRANDO, Delicia. El aborto clandestino en el Perú. Flora Tristán. Lima. 2006. Pág. 35

En las líneas anteriores hemos buscado presentar cuatro argumentos (dos a favor y dos en contra) que resumen posturas bastante difundidas y a su vez arraigadas en el debate público. De tal forma, procederemos a evaluar los citados argumentos siguiendo la los conceptos presentados en los dos primeros capítulos de la presente en función de poder, luego de realizado el análisis previo, presentar la postura del autor con respecto al caso supuesto de análisis.

5.1. Análisis De Las Posturas En Contra De La Despenalización Del Aborto

Pasaremos ahora a analizar las posturas que se manifiestan en contra de la despenalización del supuesto del aborto en todos sus extremos. Las mismas que se reflejaran en los postulados de los dos académicos peruanos cuyos argumentos han sido presentados de forma previa en el presente punto de análisis. Asimismo, se buscará responder a tales posturas conforme a los argumentos desarrollados a lo largo de la presente investigación.

a. Análisis De La Postura Que Defiende La Idea De Que El Derecho Debe Satisfacer Las Expectativas Normativas De La Población En Materia De Aborto

En primer lugar analizaremos la postura desarrollada por el profesor Caro John. Partiremos señalando una premisa básica desde la perspectiva planteada por el mismo, el derecho penal satisface las expectativas normativas de la sociedad, las cuales se ven reflejadas en las normas de carácter penal. Así, la postura funcionalista derivada de la corriente seguida por el profesor Jakobs, será básicamente la que se defienda en esta argumentación.

A lo largo del capítulo 2 de la presente tesis analizamos como el funcionalismo en materia penal se fundamenta en las teoría sociológica de Niklas Luhman, así, el derecho dentro de este tipo de funcionalismo no tendrá una base de ciencia fáctica o social, sino que viene a convertirse en un *medio* para mantener *el status quo* vigente en las sociedades donde se aplique este enfoque.

Asimismo, la teoría de Luhmann elimina la posibilidad cambios radicales, convirtiendo postulados de carácter empírico (ser) en postulados de carácter normativo (deber ser). Además, el funcionalismo de Luhmann se desarrolla en función a que las sociedades a las cuales se examine mediante este método, tengan que ser sociedades post industriales, con regímenes constitucionales que fomenten un sistema de libertades individuales sólidas. Es decir, presupone un escenario donde las expectativas sociales sean de carácter liberal. Con respecto al enfoque de la pena como restitución de tales expectativas, postulado tomado de la filosofía del derecho de Hegel, indicaremos que no cabría aceptar tal formulación lógica a menos que se acepten los postulados filosóficos que el mismo Hegel proponía dentro de su filosofía del derecho.

Así, a menos que reconozcamos que el derecho es una existencia perfecta derivada de un logro tan elevado del “espíritu” como sería el estado y que tal logro implicaría dentro de la historia un límite en si mismo, no cabría aceptar que la sanción penal venga a ser considerada como otra cosa, sino como la restitución de la entidad perfecta en si misma, tal y como sería el derecho en el Estado planteado por Hegel. Es decir, aceptar la lógica hegeliana implicaría aceptar la infalibilidad del derecho y la perfección del Estado que lo emitió. Por lo anterior, no cabría fundamentar alguna visión sobre el aborto en base a un teoría penal con enfoque funcional, dentro de un Estado que no cumple las características de los postulados de Luhmann por un lado y de los postulados de Hegel por el otro.

Además, conforme se ha señalado en la parte final del capítulo II, esta visión del derecho como medio de satisfacción de las expectativas sociales, no es la visión que impera en el ordenamiento jurídico vigente en el Perú, ergo, las argumentaciones que vengan desde esa línea de análisis carecerán de capacidad vinculante en tanto no respeten los parámetros argumentativos fijados tanto por la constitución política del Perú y por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia.

b. Análisis La Postura De Que El Bien Jurídico Vida Del Concebido Debe Ser Tutelado Penalmente De Forma Indiscutida

Con respecto a la postura presentada por el profesor Ore, acerca de la tutela del bien jurídico vida de forma irrestricta en el caso del feto procederemos a indicar que tal visión se derivara de una visión axiológica pura, la misma que dentro del capítulo segundo empezamos criticando, en tanto la única manera de aceptar tal axiología como fundamento, seria aceptar que existen parámetros predeterminados para poder acceder a aquellos valores sobre los cuales reside el ordenamiento, negando así la capacidad de discutir sobre ellos y negando la posibilidad de un análisis fenomenológico sobre los mismos.

En tanto se acepte que existen valores sobre los que no cabe mayor discusión dentro de un Estado basado en un régimen Democrático con una constitución que nos proporciona tanto forma como contenido axiológico, se recaería en una contradicción, en tanto se afirmaría que el acceso a tales valores es capaz de ser alcanzado de la misma forma por cada uno de los ciudadanos, siendo así, que existiría un único método racional por el cual se podría alcanzar tal conocimiento del valor, negando de tal forma la capacidad de libre determinación por parte de cada uno con respecto a los valores que deben regir su vida. Negando a su vez, una premisa muy difundida dentro de la teoría constitucional contemporánea, la de la axiología móvil dentro de los valores constitucionales.

En función a lo anterior, no podría aseverarse que el bien jurídico “vida” del concebido, es un supuesto sobre el cual no cabría discusión o un supuesto absoluto, a menos que se confirme la visión axiológica pura, lo cual no sería aceptable en una sociedad como la nuestra debido a que constituiría una negación de la posibilidad de debate dentro de la propia sociedad.

5.2. Análisis De Las Posturas A Favor

Pasaremos ahora a analizar las dos posiciones que hemos elegido como representativas para fundamentar favorablemente el aborto como una conducta despenalizada.

a. Análisis A La Postura Que Sostiene Que La Libertad De La Mujer Para Decidir Sobre Su Cuerpo Es Absoluta

La libertad de la mujer como ciudadana de un Estado, tal y como nos indica la profesora Margarita Valdez, se encuentra recogida como un derecho dentro de cualquier constitución que se jacte de tener un carácter de democrática. Sin embargo, cabe notar que cuando se nos presenta la clásica discusión con respecto a la primacía de un derecho recogido constitucionalmente con respecto a otro de las mismas características nos encontramos ante un círculo vicioso del cual es muy difícil escapar.

Así y conforme lo anterior, indicaremos que al enfocarse la discusión sobre el aborto entre el derecho a la vida (feto) y el derecho a la libertad (mujer), nos encontraremos ante una paradoja de tipo constitucional que a nuestro parecer no tendría salida por medio de la ponderación de un derecho frente a otro de forma directa.

Indicamos que no tendría salida, debido a que en un estado con una constitución de corte liberal, encontraremos que existen requisitos mínimos de lógica para la coexistencia entre sus ciudadanos. En ese sentido, no podría existir una vida que no

pueda autodeterminarse (libertad) y no podría existir un ser que ejerciera el derecho a la autodeterminación sin tener previamente un derecho a la existencia propia (vida). Así, tendremos el siguiente esquema para plantear el problema al cual hacemos referencia (en donde V será Vida y L libertad):

V (requisito mínimo para) L ----- L como requisito mínimo para V

Nuevamente diremos que en tanto ninguno de nosotros podría imaginarse una vida que no tuviera libertad¹⁰⁵ debido a que nuestros parámetros constitucionales contemporáneos lo impiden y en tanto no podría imaginarse una persona que ejerza su libertad al estar muerta¹⁰⁶, se da una situación en la cual ya sea se elija la vida del no nacido por sobre la libertad de la madre o la libertad de la madre por sobre la vida del no nacido, que estamos frente a una paradoja. Esta paradoja no tendría salida dentro de nuestro marco lógico teórico constitucional por la mera ponderación de ambos derechos de una forma directa. Esto a su vez podría generar que al no tener solución el problema desde dentro del sistema, se le pudiera excluir del debate, situación que no sería satisfactoria para nadie.

Así, alegar la preponderancia de la libertad sobre la vida como argumento para la despenalización del aborto, caería en una falla lógica de la cual no se tendría salida dentro del marco del Estado constitucional contemporáneo, siendo por lo tanto, una salida no viable desde la visión que planteamos dentro de la presente tesis.

b. Análisis A La Postura Que Sostiene Que El Número De Abortos Ilegales En El Perú Como Referencia De Inutilidad De La Sanción Penal

¹⁰⁵ Piénsese en un caso de esclavitud contemporánea, el disgusto con tal supuesto nos deja entender que no existiría una sociedad con nuestro marco jurídico que pudiese permitir tal supuesto, siendo por lo tanto, un supuesto imposible de ser asimilado como válido dentro de la lógica del Estado Social y Democrático de derecho.

¹⁰⁶ Esto a menos que se crea que las almas de aquellos mártires que mueren son libres, con lo cual estaríamos en un plano de discusión muy alejado de la presente investigación.

Con respecto al número de abortos en el Perú, podemos caer en cuenta que existirían dos argumentos derivados de esta premisa:

- A) El primero sería que, en tanto el número de ciudadanas y ciudadanos que realizan o son parte de la conducta antijurídica es demasiado elevado, el estado debería entender que existe un cambio de postura con respecto a tal conducta antijurídica por parte de la población y por ende despenalizar tal supuesto.
- B) El segundo sería indicar que debido a la incapacidad del estado de prevenir tal conducta, tal supuesto debería despenalizarse ya que debería afrontarse que no existen medios para poder implementar la prohibición a tal conducta, pero que si existirían medios para paliar los efectos negativos de la misma.

Sobre la postura “a” indicaremos que no consideramos que el hecho de que se lleve a cabo una conducta de tipo antijurídico por un gran número de ciudadanos implique necesariamente que la tipificación penal de tal supuesto deba ser revisada.

En ese sentido cabe notar que en una sociedad donde la mayoría de ciudadanos no pague impuestos, no cabría alegar que la evasión tributaria o la defraudación tributaria, no sean considerados como supuestos antijurídicos. Asimismo, si suponemos que una sociedad tiene un número elevado de violaciones sexuales (imaginemos incluso que las mismas sobrepasan el número de abortos), ¿acaso cabría poner en duda la tipificación de la conducta antijurídica de la violación sexual?

La respuesta a la posición anterior tendría que ser negativa, en tanto nadie podría avalar que el número de violaciones sexuales cometidas pueda ser un argumento a favor de la despenalización de tal supuesto. Asimismo, no podría alegarse que en tanto un gran número de ciudadanos no paguen impuestos, la tipificación debería cambiar sobre tal materia.

Con respecto al argumento “b”, consideramos pertinente hacer alusión a la crítica planteada por el profesor Meini a la teoría dialéctica de Roxin en su tercer supuesto, la misma que fue presentada al final del capítulo II, en cuando señala que la incapacidad de las prisiones para resocializar implica la falla de la teoría de la resocialización, ergo de la teoría dialéctica de la unión.

Sobre este punto cabe notar que se está confundiendo la capacidad administrativa de un Estado con las políticas y principios que este Estado ha decidido seguir. Haciendo otra analogía, podríamos indicar, que debido a la incapacidad del Estado de luchar contra el tráfico ilícito de drogas, la idea de que la lucha contra el narcotráfico para evitar que las drogas afecten a menores y adultos mediante el tráfico y venta de sustancias de tal tipo, es una idea que no tiene sentido y que debe cambiarse de paradigma.

Como podemos ver de los ejemplos planteados, la incapacidad de un Estado de poder hacer uso efectivo de sus recursos para hacer cumplir una determinada teoría a la cual se ha adherido, no podría ser considerada como vinculante para poder cambiar de paradigma en ese determinado supuesto.

6. El Aborto Por Violación Sexual Bajo La Lógica Del Presente Trabajo De Investigación

Con respecto a la situación del aborto por violación sexual (sentimental o ético) consideramos que dentro de la lógica del propio sistema, debemos indicar que en tanto tal supuesto se presenta como una paradoja sistémica, la solución de la misma no podría estar enmarcada dentro del propio sistema, es decir, la solución a tal controversia debe exceder los límites del propio sistema. En función a lo anterior, presentaremos dos formas viables de analizar el citado supuesto, con miras a postular una respuesta al problema generado con respecto a su tratamiento.

En primer lugar propondremos una lectura que responda al criterio de proporcionalidad en función de poder llevar a cabo un balance dentro del marco del estado constitucional de derecho, sobre el actual estado de la sanción penal. En ese sentido, presentaremos en el siguiente punto la técnica denominada como ponderación o proporcionalidad, la misma que está siendo adoptada por diversos tribunales constitucionales como la salida viable a las contradicciones o anomalías planteadas dentro del marco del estado constitucional y la imposibilidad de asignar jerarquías estáticas a los valores que se encuentran dentro del marco constitucional.

Se considera la validez de tal técnica en el marco de la presente investigación, en tanto la misma reconoce la existencia de valores abstractos que existen en el marco constitucional (**modelo kantiano de contenido y forma dadas apriorísticamente, trabajado en el capítulo I**) y que a su vez deberán ser analizados a la luz del caso concreto (**fenomenología del valor, trabajada en el capítulo II**). Lo anterior nos indicará que estamos ante una técnica que se adapta de forma coherente al sistema jurídico en el cual nos encontraríamos inmersos.

En segundo lugar propondremos una lectura del aborto por violación sexual desde la existencia o no de un disenso social legítimo que a su vez podría plantearse como límite a la conminación del supuesto penal respectivo.

6.1. La Técnica De La Ponderación Aplicada Al Caso Del Aborto Por Violación Sexual

Corresponde al presente punto el presentar de forma breve la técnica mediante la cual se ha buscado solucionar situaciones denominadas por académicos de la talla de Prieto Sanchís, Guastini y Robert Alexy como de “antinomias de principio” o de

“contradicciones normativas de principio”. Conforme a ello, diversos tribunales constitucionales a lo largo del mundo están adoptando tal técnica para solucionar difíciles situaciones presentadas ante sus respectivas jurisdicciones.

Sobre este punto indica Alexy: ***“...Cuando dos principios entran en colisión –tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido- uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa...”***¹⁰⁷

De la misma forma señala el propio Pietro Sanchís: ***“...de las distintas acepciones que presenta el verbo ponderar y el sustantivo ponderación en el lenguaje común, tal vez la que mejor se ajusta al uso jurídico es aquella que hace referencia a la acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas. En la ponderación, en efecto, hay siempre razones en pugna, intereses o bienes en conflicto, en suma, normas que nos suministran justificaciones diferentes a la hora de adoptar una decisión. Ciertamente, en el mundo del derecho, el resultado de la ponderación no ha de ser necesariamente el equilibrio entre tales intereses, razones o normas; al contrario, lo habitual es que la ponderación desemboque en el triunfo de alguno de ellos en el caso concreto. En cambio, donde si ha de existir equilibrio es en el plano abstracto: en principio, han de ser todos del mismo valor pues de otro modo no habría nada que ponderar; sencillamente, en caso***

¹⁰⁷ ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1997. Pág. 89

de conflicto se impondría e de mas valor. Ponderar es, pues, buscar la mejor decisión (la mejor sentencia, por ejemplo) cuando en la argumentación concurren razones justificadoras conflictivas y del mismo valor...”¹⁰⁸

Al igual que el propio Guastini quien indica que: “...**Puede suceder (ciertamente, ocurre a menudo) que dos principios —al igual que acontece con las normas— entren en conflicto. Más aún, algunos entienden que es un rasgo definitorio de los principios el que cada uno de ellos se encuentre en conflicto con otros, de manera que, dado un supuesto de hecho al que sea de aplicación un principio P1, hay siempre al menos otro principio P2 igualmente aplicable al mismo supuesto de hecho e incompatible con P1. Incompatible, en el sentido de que la aplicación de P2 llevaría a resultados diversos de la aplicación de P1....**”¹⁰⁹

Como podemos apreciar, en cada una de las aproximaciones conceptuales al tema de la ponderación, los autores remarcen la no existencia de una jerarquía estática con respecto a los valores o principios a los que se haga alusión y que se presenten en conflicto. Tal situación, se condice a su vez con lo planteado en el capítulo II, en la parte de la fenomenología del valor y en la critica planteada al valor absoluto otorgado en la postura del profesor Ore, en las cuales indicamos que si bien no se negaba la existencia de valores “puros”, los mismos tendrían que ser analizados conforme a la fenomenología. Es decir, conforme a la capacidad relativa de cada sujeto de aproximarse al valor en el caso concreto y en un contexto determinado. Lo anterior tiene relación con lo que Guastini denomina como **“instituir entre los dos principios en conflicto una jerarquía axiológica móvil”**¹¹⁰.

¹⁰⁸ PIETRO SANCHIS. Luis. Derechos fundamentales, Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. Palestra Editores. Lima. 2002. Pág. 128 y 129.

¹⁰⁹ GUASTINI, Ricardo. Estudios de Teoría Constitucional. Doctrina Jurídica Contemporánea. México. 2001. 145

¹¹⁰ GUASTINI, Ricardo. Estudios de Teoría Constitucional. Doctrina Jurídica Contemporánea. México. 2001. 145

Ahora, al hablar del aborto por violación sexual, podemos ver claramente como se presenta una colisión de bienes jurídicos que podrían resumirse en un primer momento como “libertad” contra “vida”. Sin embargo, tal análisis podría “pecar” ya de superficial ya insuficiente. Se indica lo anterior debido a que existen más niveles de análisis que podrían ser relevantes para llegar a una conclusión final sobre tal problema. De tal manera y una vez introducida de forma breve la situación en la cual se va a utilizar la técnica de la ponderación, podemos proceder con la presentación de sus elementos y partes, las cuales a su vez serán plasmadas previamente de forma expositiva y posteriormente en relación con el caso del aborto por violación sexual.

Los pasos en los que consiste la técnica de la ponderación, que a su vez permiten establecer el criterio de constitucionalidad de una norma, conforme los plantean tanto Alexy como Prieto Sanchís serán los siguientes:

1. *Que la medida a analizar presente un **fin constitucionalmente legítimo**, como justificación para la interferencia en la esfera de otro, de lo contrario no cabría llevar a cabo la ponderación correspondiente ya que no habría nada que ponderar.*
2. *Acreditar la **Adecuación**, aptitud o idoneidad de la medida objeto de enjuiciamiento en función a la consecución del fin deseado. Debe haber una consistencia entre lo que se busca alcanzar y la medida adoptada.*
3. *Una intervención que genere perjuicios para un bien constitucional, debe ser **Necesaria**, es decir, que no se puedan obtener los fines deseados por medio de otras medidas menos perjudiciales o gravosas del principio a verse afectado.*
4. *Juicio o **Test de Proporcionalidad**, en sentido estricto, demostrar que existe un equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora o*

con la conducta de un particular en función de la protección del bien constitucional con respecto al perjuicio que generan al otro bien constitucionalmente tutelado o relevante. Acá se tiene que valorar de forma directa el grado de afectación o lesión de un bien constitucionalmente tutelado, el grado de importancia y urgencia en la satisfacción del otro. Recayendo acá la necesidad, de apreciar los bienes jurídicos constitucionalmente tutelados con respecto al caso concreto, no en su calidad de valores, sino de bienes y por tanto evaluables a la luz del contexto determinado.

Como hemos podido apreciar en los pasos presentados previamente, existe una forma clara y coherente de poder determinar qué bien jurídico tiene preponderancia sobre otro conforme al análisis del caso concreto. Sin embargo, con respecto al plano penal, se puede presentar una versión aun mas taxativa o especifica de la propia técnica de ponderación. De tal forma con respecto a las normas de tipo penal, la corte Constitucional de Colombia se ha pronunciado indicando que la posibilidad de tipificar supuestos penales por parte del legislador “encuentra claros límites en los principios y valores constitucionales así como en los derechos constitucionales de las personas”¹¹¹. Es decir, que si bien el legislador tiene amplia discrecionalidad a la hora de la configuración de determinados supuestos como delitos, esta discrecionalidad no es irrestricta.

En ese sentido al llevar a cabo el análisis de proporcionalidad en materia de normas penales, las exigencias del análisis se incrementan. Como se señalo líneas arriba, al incorporar las garantías que el propio sistema propugna como limite al derecho penal, se tendrá que (en forma paralela) cualquier supuesto bajo análisis deberá tomar en cuenta el principio de fragmentariedad, e cual señala que los bienes jurídicos solo

¹¹¹ Sentencia C-355/06 de la Corte Constitucional de Colombia, Dictada en Bogotá el 10 de mayo de 2006. Fundamento Jurídico 8.

merecen protección penal frente a los ataques que impliquen algún nivel de “gravedad”. Asimismo, el principio de subsidiaridad del derecho penal entrara a tallar en este análisis al recordar que el derecho penal es la ultima ratio a la que debe recurrir el Estado para llevar a cabo la protección de bienes jurídicos¹¹².

Una vez indicada la técnica a utilizar y señalando que la misma se corresponde con lo desarrollado en los capítulos I y II, procederemos a hacer el análisis concreto del supuesto de sanción penal del aborto por violación sexual.

1. Sobre el fin **constitucionalmente legítimo**: En tanto la finalidad de la norma penal, en el supuesto en cuestión, es tutelar la vida tenemos que es un fin que se condice con el marco axiológico al cual nos remite nuestra constitución.
2. Acreditación la **Adecuación**, aptitud o idoneidad: En tanto la tutela de la vida, es un fin constitucionalmente legítimo, corresponde encontrar que el uso de la violencia del estado en su forma de **última ratio**, es una medida que sería idónea para limitar la afectación del citado bien jurídico (vida).
3. **Necesidad**: En tanto nos encontramos frente a un supuesto en el cual, el Estado está utilizando el derecho penal para afectar la libertad de una ciudadana en función de tutelar otro bien jurídico en paralelo, la vida del no nacido. Debemos hacer la pregunta ¿existe otro medio por el cual la vida del no nacido podría ser tutelada frente al ejercicio de la libertad de la madre a la autodeterminación de su proyecto de vida? En ese sentido, podríamos sumarnos a las voces que indican que el desarrollo de políticas públicas referidas a la educación sexual, la distribución de preservativos, el uso de anticonceptivos tanto regulares como de emergencia, generarían que el número de embarazos disminuya, reduciendo con ello la cantidad de abortos

¹¹² Véase el Capítulo II en el Punto de presentación de la “Teoría Dialéctica de la Unión”.

subsecuentes. En el caso concreto del aborto por violación sexual, la libre distribución de anticonceptivos orales de emergencia con respecto a las víctimas del mismo, se comportaría como herramienta clave en la reducción de embarazos derivados de esta vulneración inicial. En ese sentido, podríamos indicar que existen otros medios por los cuales reducir el nivel de abortos llevados a cabo. Por lo cual, podríamos decir que se está desnaturalizando el fin del derecho penal, en tanto se está utilizando el mismo como instrumento inicial, mas no de ultima ratio.

4. **Juicio o Test de Proporcionalidad:** En este punto, nos encontramos en la necesidad de tomar en cuenta ambos valores recogidos constitucionalmente, la vida y la libertad, en el contexto en el cual se presentan conforme a la discusión llevada a cabo en el presente capítulo en función de poder llevar a cabo el correspondiente juicio o evaluación ponderativa. En ese sentido, cabe plantear que en tanto nos encontramos ante valores de igual jerarquía de forma apriorística, la determinación de la predominancia de uno sobre otro en este particular caso conflictivo, no podrá fundamentarse en el uso de criterios normativos o determinantes, sino, que deberá apelarse a un uso reflexivo de la capacidad del juicio¹¹³. Conforme a lo anterior, notemos que el caso del aborto por violación sexual, implica tres niveles a analizar.

En primer lugar tendremos un supuesto de violación sexual dado en contra de una mujer, el mismo que constituye una afectación masiva, contra todo aquello que el mundo contemporáneo nos ofrece como refugio, el propio cuerpo. La libertad se ve vulnerada de una forma tan tajante y masiva, que aquellas personas víctimas de este

¹¹³ De tal forma es que el propio Kant indica que el juicio es la facultad de pensar lo particular como contenido en lo universal. Asimismo, prosigue su trabajo conceptual dividiendo esta facultad en dos niveles, el juicio determinante y el juicio reflexivo. El juicio determinante permite aplicar categorías dadas apriorísticamente para poder concluir sobre un determinado supuesto si es “bueno” o “malo”. Mientras que el juicio reflexivo busca encontrar lo universal, en tanto se carezcan de normas dadas de forma apriorística, será el propio juicio aquel que invente la norma que determine lo “bueno” o “malo”.

supuesto, requieren todo un proceso de recuperación tanto física como psicológica, en función de poder retomar su propia vida de una forma digna.

En segundo lugar, tenemos el desarrollo de un embarazo derivado de la vulneración de la previamente señalada. Es decir, una situación que había generado una intromisión tan perjudicial contra la persona, se convierte en una nueva carga que se le está imponiendo de forma fáctica a la mujer en contra de su voluntad (la cual se vería vulnerada por segunda vez).

En tercer lugar tenemos el aborto derivado del embarazo generado por la violación sexual como una vulneración del bien jurídico vida del no nacido. Acá tenemos como la vida, ya sea en forma de una célula o un embrión completamente formado, está siendo vulnerada de forma clara. No cabría dudarlo, sin embargo, el llevar a cabo un aborto, consiste también en una actitud que conlleva perjuicios para aquella persona que lleva a cabo el procedimiento. Los efectos perjudiciales para la mujer que sufre este proceso, son una marca que la acompañara por el resto de su vida.

En función a lo anterior, debemos señalar que una mujer que interrumpe un embarazo derivado de una violación sexual está llevando a cabo una acción que deriva de dos vulneraciones consecutivas a su derecho a la libertad y a la autodeterminación, la primera generada por la vulneración a su libertad sexual y la segunda con respecto a la libertad de determinar el proyecto de vida que le corresponda. Es decir, la acción que afecta el bien jurídico vida, es consecuencia directa de dos acciones concretas derivadas de su afectación previa del bien jurídico libertad.

He aquí, que tenemos que aplicar un criterio de ponderación que se condiga con los ideales de justicia que enmarcan al derecho desde su base. Si, es un caso extremo. Si, es una vida la que se está terminando, afectando su posible proyecto futuro. Pero, aquella persona que ha sido víctima de un supuesto de violación sexual, está siendo

instrumentalizada tres veces debido a un único proceso. Esa instrumentalización masiva de una persona, no puede ser justicia.

En el caso concreto, no cabría más que concluir que la sanción penal del aborto en casos de violación sexual, excedería al criterio de ponderación correspondiente. El principio de justicia básico que reside en el derecho, debe tomar en cuenta que la manifestación de los valores abstractos, en forma de bienes jurídicos, no será la misma en todos los casos y para todos los humanos. He ahí, que a una mujer que ha sido víctima de violación sexual, no se le puede pedir que acepte valoraciones externas de lo que es “justo” sin tomar en cuenta aquellas “injusticias” de las cuales ella misma ha sido víctima.

Cabe a continuación, presentar el segundo argumento que se corresponda con la toma de postura del autor de la presente tesis. Nos referimos al análisis de la sanción penal del aborto por violación sexual desde la existencia o no de un disenso social legítimo que a su vez podría plantearse como limite a la conminación del supuesto penal respectivo.

6.2. El Disenso Legítimo Como Posible Limite A La Conminación Del Supuesto Penal Del Aborto Por Violación Sexual

El punto a tratar acá versa sobre lo que se debe entender por contradicción legítima dentro del Estado Social y Democrático de Derecho. En ese sentido, empezaremos planteando diversos tipos de contradicción a poder plantearse contra un régimen político social y democrático¹¹⁴.

¹¹⁴ Reduciremos la discusión a solo ese contexto en tanto que en un régimen dictatorial no cabría hablar de contradicción legítima, sino únicamente de revolución o desobediencia completa, tal y como se garantiza por el derecho a la insurgencia.

Si bien existen diversas maneras de contradecir un orden jurídico, dentro de un orden jurídico que se fundamente en el Estado Social y Democrático, deben presentarse ciertas medidas contradictorias dentro del sistema que puedan considerarse como legítimas. Así, al ser consideradas legítimas, se discutirá si podrían ser consideradas como un límite para la conminación de una determinada conducta aludiendo a la tutela de un bien jurídico penal. En ese sentido procederemos a presentar una forma común de disenso dentro de la sociedad y su posterior análisis.

a. **¿Es La Desobediencia Civil Una Salida Viable A La Sanción Penal Del Aborto?**

Cuando hablamos de desobediencia civil podemos retroceder hasta el ensayo “On the Duty of Civil Disobedience”, publicado en 1849 por Henry David Thoreau. En tal ensayo se exponía que la ley que recaudaba los impuestos para financiar la guerra de Estados Unidos contra México era injusta, así como también lo era la ley que mantenía la vigencia de la esclavitud.

Sobre este tema, el autor plantea la disyuntiva con respecto a las leyes injustas y a la actitud que debe tomar un ciudadano dentro del Estado que las promulgue: “**...Leyes injustas existen, ¿estamos obligados a obedecerlas? o ¿debemos tomar el trabajo de corregirlas y obedecerlas hasta que hayamos logrado nuestro cometido? o ¿debemos transgredirlas de una sola vez?...**” ¹¹⁵

¹¹⁵ Si bien la cita refleja la idea central del texto de Thoreau, creemos relevante transcribir el resto de la traducción del párrafo de forma completa, siquiera a pie de página debido a lo interesante de la misma: “**...Leyes injustas existen, ¿estamos obligados a obedecerlas? o ¿debemos tomar el trabajo de corregirlas y obedecerlas hasta que hayamos logrado nuestro cometido? o ¿debemos transgredirlas de una sola vez? Los hombres generalmente, bajo un gobierno como el presente, piensan que deberían esperar hasta que hayan convencido a la mayoría que modifique tales leyes. Piensan que, si se resistieran a tales leyes, el remedio sería peor que la enfermedad que desea combatir. Pero es culpa del gobierno mismo que el remedio sea peor que la enfermedad. Él lo hace peor. ¿Por qué no es mas apropiado anticipar y proveer la reforma? ¿Por qué no aprecia a la sabia minoría? ¿Por qué llora y resiste antes de ser lastimado? ¿Por qué no**

La respuesta a estas preguntas desde la lógica de Thoreau no es otra que la afirmación a la última. Es decir, el transgredir aquellas leyes que se consideren injustas debido a su inherente postura contraria a los fines del Estado. Así, el mismo Thoreau fue encarcelado en 1846, debido a su idea de no pagar impuestos al Estado para que siguiera librando su guerra contra México y mientras no aboliera la esclavitud, será de ese encierro que derivará su texto previamente citado.

Los medios de lucha contra este tipo de leyes injustas, conforme a su ensayo, son la resistencia pacífica y la no violencia, sino el aceptar la sanción que le venga a ser impuesta por Este estado que promulgue leyes injustas, en función de llamar la atención.

Asimismo, ya en un contexto contemporáneo el profesor John Rawls al escribir sobre la teoría de la desobediencia civil, sigue los pasos de Thoreau y define esta como:

“...Un acto ilegal público, no violento, de conciencia pero de carácter político, cometido habitualmente con el propósito de provocar un cambio en la ley o en los programas del gobierno...”¹¹⁶.

A diferencia de Thoreau, Rawls plantea que la desobediencia civil no solo podría ser efectuada mediante la contravención a aquella norma contra la cual uno desearía que se diese un cambio, sino que podría darse por medio de la desobediencia a las ordenanzas de tráfico o de las leyes de ingreso a ciertos lugares. En ese sentido

incentiva a sus ciudadanos a estar alertas para poder señalar sus fallas y hacerlo mejor de lo que ellos lo hubieran hecho? ¿Por qué siempre se tiene que crucificar a Cristo y excomulgar a Copérnico y a Lutero y declarar a Washington y Franklin rebeldes?...”.

Texto original obtenido de la página web: www.ibiblio.org/ebooks/Thoreau/Civil%20Disobedience.pdf Pág. 12. La traducción es nuestra.

¹¹⁶ RAWLS, John. “Teoría de la Justicia”. Traducción de María Dolores Gonzales. Fondo de Cultura Económica. México D.F. 1995. Pág. 332

puede entenderse que Rawls avalaría manifestaciones tales como las “sentadas”¹¹⁷ o el “bloqueo de carreteras”. Ambas practicas muy usadas en los últimos años por parte de diversos grupos de protesta en el Perú.

b. Crítica A La Teoría De La Desobediencia Civil

En tanto la teoría de la desobediencia civil se comporta como un supuesto que se manifiesta en contra de la ley, pero sin embargo respetando la misma al mostrar la voluntad de aquellos envueltos en ella (la desobediencia) de ser ajusticiados por la misma en tanto se apele a que la mayoría de la población tome consciencia de que la ley contra la que se protesta es injusta, esta visión postula el comportamiento antijurídico para el respaldo a una postura política como medio.

Así, el sustento de esta posición sería en primer lugar el cometer un supuesto antijurídico y mientras este supuesto sea realizado de forma pública, se debe “esperar” que las conciencias de las mayorías se vean tocadas por tales actos. Así, nos estarían solicitando que dentro de un gobierno legítimamente constituido, un individuo o un grupo de individuos sea apreciado al mismo estilo que algún mártir por haber incumplido una ley dada dentro de un estado constitucional.

En ese sentido, la posición de la desobediencia civil se debilita en dos puntos:

1. Espera que se cambie la consciencia de la gente mediante un acto significativo.
2. El acto significativo implica el “auto sacrificio” de los sujetos envueltos en ella para que el sistema se retracte de su error.

¹¹⁷ Cuando hablamos de sentadas nos referimos a un estilo de protesta mediante el cual los manifestantes simplemente se sientan a la entrada o salida de algún edificio público o privado que tenga que ver con el objeto de su protesta.

Conforme a lo anterior cabe generar dos preguntas relevantes ¿qué pasaría si la sociedad no ve a los manifestantes como mártires sino como simples criminales? Y ¿en tanto un número de individuos cometan actos antijurídicos, debemos tomar tal comportamiento como muestra de que nuestra sociedad se encuentra en un problema y que debe revisar tal norma contra la cual se actúa?

Con respecto a la primera pregunta responderemos que el depender del cambio de consciencia de las mayores con respecto a algunos supuestos sobre el cuales esta mayoría tenga una clara convicción no sería efectivo, sino mas bien suicida y contraproducente en tanto se relevaría a aquellos que ataquen este principio como rebeldes y sediciosos. Sobre la segunda pregunta, el pensar que en tanto más gente (o menos gente pero que llame más la atención), pueda cometer conductas determinadas como antijurídicas para hacer notar que tales conductas deben ser revisadas en su conminación como antijurídicas sería simplemente alegar que entre más gente incumpla una determinada ley, esta debe ser revisada.

Así, por ejemplo en el caso del Perú un estudio presentado en año 2001¹¹⁸ indica que aproximadamente el 90% (más de novecientos mil) de los trabajadores de 4ta categoría tributaria activos en el Perú no declaran sus impuestos, recayendo en ese sentido dentro del supuesto de evasión tributaria. Entonces siguiendo la lógica anterior, se debería considerar que las leyes para cobrar impuestos son leyes injustas y por ende, por medio de no pagar impuestos se debería entender que se está cayendo en la desobediencia civil.

Cabe indicar que en tanto estamos hablando de un Estado Democrático que se enmarca dentro de una ideología de respeto de la libertad individual de sus miembros, el incumplimiento espontaneo de normas implicaría únicamente una conducta antijurídica que no podrá ser tomada como argumento a favor del cambio de políticas

¹¹⁸ PEÑARANDA, Alan. "La informalidad en el Perú y su impacto en la tributación". CIAT. 2001

legislativas en tanto no se mantiene ligada al cuerpo normativo de un Estado legítimamente constituido y cuyas autoridades han sido democráticamente elegidas, siguiendo todos los procesos correspondientes.

7. Sobre El Disenso Legítimo en una Sociedad Democrática

Consideramos en este punto que la organización de la sociedad civil mediante el uso de los recursos constitucionales a la libre asociación y a libertad de expresión, es un elemento que pocos teóricos han analizado (y valorado) con respecto a los modos de disenso dentro de una sociedad democrática. Es mediante el uso de la libre asociación¹¹⁹ y la libertad de expresión¹²⁰ efectuada a través de esta, que podemos estar frente a un medio legítimo de disenso y frente a una medida de expresión clara de una postura diferente con respecto a valores apreciados de una determinada manera dentro de un determinado Estado.

En ese sentido, cuando nos encontramos dentro de un Estado que en teoría respeta las libertades individuales de los individuos y que no vulnera el orden constitucional, no cabría alegar un comportamiento que atente contra el ordenamiento, si es que existen otros medios para poder expresar el disenso. Así, el actual surgimiento de las organizaciones no gubernamentales y asociaciones civiles que respaldan posiciones jurídicamente disidentes y su masificación y organización, debería ser tomado en cuenta como un modo empírico de corroborar la existencia de posturas contrarias a las actuales.

¹¹⁹ La Constitución Política del Perú en su artículo 2, inciso 13 indica que toda persona tiene derecho: ***“...A asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley...”***

¹²⁰ La Constitución Política del Perú en su artículo 2, inciso 4 indica que toda persona tiene derecho: ***“...A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley...”***

Conforme lo anterior, en tanto la sociedad civil pueda verse organizada por medio de estas asociaciones civiles, no requerían apelar al cambio de conciencia de las mayorías, a los valores individuales o al desarrollo de conductas antijurídicas para poder demostrar la existencia de una valoración diferenciada con respecto a determinados valores en discusión y representados por estos grupos. En tanto puedan expresarse y manejarse de forma organizada, su mera existencia corresponderá a la existencia de valoración relativa y diferenciada de la previamente existente.

De tal forma, consideramos que el surgimiento organizado de movimientos sociales que como en el caso del aborto, puedan manifestar una posición organizada, coherente, fundamentada y sobre todo representativa de un grupo humano. Es un elemento que deberá tomarse en cuenta a la hora de evaluar la procedencia o no de algún supuesto dentro de los límites de la conminación penal. Este argumento, si bien débil por el momento debido a la relativamente corta vida de las organizaciones sociales, deberá ser tomado en cuenta en el futuro, en tanto las citadas organizaciones, puedan conseguir una institucionalización que las enmarque en relaciones académicas y funcionales con centros educativos como universidades y con el sector público.



Conclusiones

1. En base al modelo filosófico adoptado por medio de una decisión política, se deriva en un modelo jurídico predeterminado. Debido a que el modelo filosófico adoptado en el Perú se condice con uno de corte Kantiano, la libertad de autodeterminación será el criterio principal que rija al ordenamiento en función de poder tutelar a los individuos que conforman la sociedad.
2. El derecho derivado de este modelo, se convertirá en un sistema de garantías que tienda a tutelar el ejercicio de tal libertad de autodeterminación de los individuos dentro de la sociedad.
3. Se debe entender al derecho penal como **“la ultima ratio”**, en tanto es la forma más radical de limitación de las libertades individuales, por ello no cabría

pensar en la existencia de un Estado que habiendo asumido al sujeto como eje de su ordenamiento, no fuera celoso a la hora de imponer penas, en tanto estas representan una vulneración a las libertades.

4. Siguiendo la lógica de entender el derecho como un sistema de garantías, de entre las dos corrientes contemporáneas acerca del fin de la pena, corresponde inclinarse por la teoría dialéctica de la unión por sobre la teoría funcionalista sistémica de la pena, en tanto se presenta de forma más coherente con respecto al ordenamiento y sus fines.
5. Al ser la tutela de bienes jurídicos el fin de la pena (en tanto se condice con la lógica derivada de nuestro modelo constitucionalmente adoptado), la definición de conceptos tales como valor, bien, bien jurídico y bien jurídico penal se hace necesaria en función de superar las críticas planteadas por el funcionalismo sistémico y poder conseguir coherencia dentro de la teoría aceptada.
6. Se entenderá por valor una esencia, por bien, un contenedor de tal esencia, por bien jurídico un contenedor de valores que tienen vinculación dentro del marco de un Estado Social y Democrático mediante su reconocimiento en el documento constitucional) y por ultimo como bien jurídico penal aquellos que únicamente son posibles de ser tutelados mediante el derecho penal.
7. Cuando se indica que el valor será enfocado desde la visión fenomenológica del mismo, se busca indicar que en tanto se acepta el hecho de que el valor es un absoluto, las diferentes formas en las cual los seres humanos aprecien sus manifestaciones nos dará espacio para la posterior discusión acerca de la ponderación entre valores.

8. Debido a que dentro del modelo filosófico adoptado, la relación de conflicto que puede presentarse entre vida del concebido y libertad de la mujer para la autodeterminación de su proyecto de vida, es una relación en la cual se presenta un paradoja sistémica, por ello se podría argumentar que la solución a tal controversia no podría presentarse dentro del propio sistema y por ello el propio derecho penal no podría pronunciarse. Sin embargo al ser un problema que requiere un pronunciamiento concreto del derecho, la solución al mismo podría partir de técnicas de análisis que nos permitan acceder a formas relativas de acceso a los valores constitucionalmente recogidos.
9. Siguiendo la técnica de la ponderación constitucional, se podría concluir que en tanto el caso del aborto por violación sexual, es un caso que responde a múltiples violaciones del derecho a la libertad (caso extremo), al ser ponderado el nivel de vulneración del valor libertad frente al nivel de vulneración del valor vida, la afectación del primero implicaría una jerarquía superior del mismo frente al segundo en el caso concreto, pudiendo concluir que la sanción penal del mismo sería de carácter inconstitucional.
10. Cuando nos encontramos dentro de un Estado, que en teoría respeta las libertades individuales y que no vulnera el orden constitucional, no cabría alegar un comportamiento que atente contra el ordenamiento, si es que existen otros medios para poder expresar el disenso. Así, el actual surgimiento de las organizaciones no gubernamentales y asociaciones civiles que respaldan posiciones jurídicamente disidentes, su masificación y creciente capacidad organizacional, debería ser tomado en cuenta como un modo empírico de corroborar la existencia de posturas valorativas contrarias o diferentes a las actuales.

11. En tanto la sociedad civil pueda verse organizada por medio de estas asociaciones civiles, la misma no requería apelar al cambio de conciencia de las mayorías, al desarrollo de conductas antijurídicas o a valores individuales para poder demostrar la existencia de una valoración diferenciada con respecto a determinados valores en discusión y representados por estos grupos.



Bibliografía

- ALCACER GUIRAO, Rafael. "¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?: apuntes sobre el concepto material del delito" Grijley. Lima. 2004
- ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1997
- BARATTA, Alessandro. "Integración-Prevención: Una Nueva Fundamentación de la Pena Dentro de la Teoría Sistémica". En: Revista Doctrina Penal. Nº 29. Año 1985. Buenos Aires.
- BELOFF, Mary. Determinación Judicial De La Pena. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1993.
- BENTHAM, Jeremy. "An introduction to the principles of morals and legislation". Hafnew. New York. 1973
- CARLYLE, A.J. "Los fines del derecho, bien comun, justicia y seguridad por Le Fur, Delos, Radbruch, Carlyle". Editorial Universitaria. México, D.F. 1967
- CARVAJAL CORDÓN, Julián Coordinador. "Moral, derecho y política en Immanuel Kant". Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca. 1999
- CRUZ PRADOS, Alfredo. "Historia de la filosofía contemporánea". EUNSA. Pamplona. 1991
- DEL CASTILLO MURRUGARRA, Victoria. "El aborto: su legalización en el Perú". Raiz. Lima. 1976
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo. "Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin". Grijley. Lima 2008
- DUJOVNE, León. "La filosofía del derecho de Hegel a Kelsen". Bibliográfica Omeba. Buenos Aires. 1963
- DURKHEIM, Emile. "De la división del trabajo social". Editorial Schapire. Buenos Aires. 1967
- ECO, Umberto. "Cómo se hace una tesis: técnicas y procedimientos de estudio, investigación y escritura" Gedisa. Barcelona. 2001
- En KANT, Inmanuel. Critica de la Razón Práctica, Critica del Juicio, Metafísica de las Costumbres. Editorial El Ateneo. Buenos Aires. 1951
- En KANT, Inmanuel. Critica de la Razón Práctica, Critica del Juicio, Metafísica de las Costumbres. Editorial El Ateneo. Buenos Aires. 1951
- ESSER, Albin. "Derecho penal, medicina y genética". IDEMSA. Lima. 1998
- FARALLI, Carla. "La Filosofía del Derecho Contemporáneo". Traducción por María José Falcón y Tella y Juan Antonio Martínez Muñoz. Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires. 2007
- FASSO, Guido. Historia de la Filosofía del Derecho Vol. II. Ediciones Piramide. Madrid. 1966
- FERRAJOLI, Luigi. "Derecho y razón: teoría del garantismo penal". Trotta. Madrid. 1995

- FERRAJOLI, Luigi. "Derechos y garantías: la ley del más débil". Trotta. Madrid. 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. "Derechos y Garantías: La ley del más débil". Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Editorial Trotta. Madrid. 2006
- FERRANDO, Delicia. El aborto clandestino en el Perú. Flora Tristán. Lima. 2006.
- GARCIA AMADO, Juan Antonio. "La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann". Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1997
- GOMEZ, Carlos. "Doce textos fundamentales de la ética del siglo XX". Alianza Editorial. Madrid. 2002
- GUASTINI, Ricardo. Estudios de Teoría Constitucional. Doctrina Jurídica Contemporánea. México. 2001.
- HEGEL, G.W.F. "Fundamentos de la Filosofía del Derecho". Libertarias/Prodhuffi. 1993
- HEGEL, G.W.F. "Lecciones sobre la Filosofía de la Historia Universal". Traducción José Gaos. Revista de Occidente. Madrid. 1953
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. "Fenomenología del espíritu". Editorial Pre-textos. Valencia. 2006
- HOBBS, Thomas. De Cive: elementos filosóficos sobre el ciudadano. Madrid. Alianza Editorial. 2000.
- HORMAZABAL MARALÉE, Hernán. "Bien jurídico y estado social y democrático de derecho: el objeto protegido por la norma legal". IDEMSA. Lima. 2005
- IBÁÑEZ Y GARCIA-VELASCO, José Luis. "La despenalización del aborto voluntario en el ocaso del siglo XX". Siglo Veintiuno de España. Madrid.
- JAKOBS, Gunther. "Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación". Madrid. Marcial Pons. 1997
- JAKOBS, Gunther y CANCIO MELIA, Manuel. "Derecho Penal del Enemigo". Thomson Civitas. Primera Edición. Madrid. 2003
- JAKOBS, Gunther. "Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional". Trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid. Civitas, 1996
- JAKOBS, Gunther. "¿Que protégé el Derecho Penal: Bienes Jurídicos o la Vigencia de la Norma?". Ediciones Jurídicas Cuyo. Mendoza. 2001
- KANT, Immanuel. "Introducción a la teoría del derecho". Marcel Pons Ediciones jurídicas y sociales. Madrid. 1997
- KANT, Immanuel. Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Traducción de José Mardomingo. Editorial Ariel. Barcelona. 1999.
- KANT, Immanuel. "La metafísica de las costumbres" traducción y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho. Tecnos. Madrid. 1989.
- KANT, Immanuel. Crítica de la Razón Pura y Prolegómenos de toda Metafísica Futura. Editorial Florida. Buenos Aires. 1950
- KING MERTON, Robert. "Teoría y estructura sociales". Fondo de Cultura Económica. México, D.F. 1972
- KUHN, Thomas. "La Estructura de las Revoluciones Científicas". Fondo de Cultura Económica. México. Tercera edición. 2006
- LANDA, Cesar. Interpretación constitucional y Derecho Penal. Jurisprudencia y Doctrina Penal Constitucional. Lima. 2006
- LESSING, Theodore. "Estudios Acerca de la Axiomática del Valor". Trad. Luis Villoro. UNAM. México D.F. 1959
- LOPERA MESA, Patricia. "Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales". En: Jueces para la democracia N° 53. 2005.
- LÓPEZ GARCIA, Guillermo. "Aborto y contracepción". Universidad de Navarra. Pamplona. 2009
- LUHMANN, Niklas. "El amor como pasión: la codificación de la intimidad". Península. 1985.
- LUHMANN, Niklas. "El Derecho como sistema social". En Teoría de Sistemas y Derecho Penal, Fundamentos y posibilidad de aplicación. ARA Editores. 2007.
- LUHMANN, Niklas. "Sociedad y sistema: La Ambición de la teoría". Paidós. Barcelona. 1997

- LUHMANN, Niklas. "Risk: a sociological theory". Gruyter. Berlin. 1991
- MEINI, Iván. "Interpretación constitucional y Derecho Penal". En: Jurisprudencia y Doctrina Penal Constitucional. Lima. 2006
- MILL, John Stuart. On Liberty. The Liberal Art Press. New York. 1956.
- MIR PUIG, Santiago Introducción a las bases del derecho penal. BDF. Buenos Aires. 2002
- MONTOYA VIVANCO, Yván. "La justificación del Derecho Penal en Jakobs". En: Derecho PUC/Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 59. 2006
- NIÑO, Luis Fernando. "El bien jurídico como referencia garantista". Ediciones Del Puerto. Buenos Aires. 2008
- OTERO, Edison. "Talón de Aquiles", Año 1, N° 1 Revista Electrónica. Universidad de Artes, Ciencias y Comunicación
- PARSONS, Talcott. "El sistema de las sociedades modernas". Trillas. México, D.F. 1974
- PARSONS, Talcott. "La sociedad: perspectivas evolutivas y comparativas". Trillas. México, D.F. 1975
- Paul Foulquie. Diccionario del Lenguaje Filosófico. Editorial Labor. Madrid. 1967
- PEÑARANDA, Alan. "La informalidad en el Perú y su impacto en la tributación". CIAT. 2001
- PÉREZ CRESPO, Carlos Eduardo. El reto autoritario: los límites de la democracia liberal y la legitimidad política del fujimorismo. Tesis para optar por el grado de Licenciado en Ciencias Políticas. Facultad de Ciencias Sociales. PUCP. Lima 2008
- PÉREZ-BORBUJO ÁLVAREZ, Fernando. "Schelling: el sistema de la libertad". Herder. Barcelona. 2004
- PIETRO SANCHIS, Luis. Derechos fundamentales, Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. Palestra Editores. Lima. 2002.
- POLO SANTILLAN, Miguel Ángel. "Ética y Razón Práctica". Editorial Loto Blanco. Lima 2009
- RADBRUCH, Gustav. Filosofía del derecho. Revista de derecho privado, Madrid. 1952
- RASCH, William and KNOTT, Eva. "Systems Theory and the System of Theory". En: New German Critique". No. 61, Special Issue on Niklas Luhmann. Winter. 1994
- RAWLS, John. "Teoría de la Justicia". Traducción de María Dolores Gonzales. Fondo de Cultura Económica. México D.F. 1995
- REIS, H.S. Kant Political Writings. Cambridge University Press. Cambridge. 1991
- ROXIN, Claus. "la evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal". Tirant Lo Blanch Editores. Valencia. 2000
- ROXIN, Claus. "Sentido y limite de la pena estatal". Problemas básicos del Derecho penal. Trad. Diego Manuel Luzón Peña. REUS. Madrid. 1976.
- ROXIN, Claus. Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Primera edición. Madrid: Editorial Civitas. 1997.
- ROXIN, Claus. Problemas Básicos del Derecho Penal. Trad. Diego Manuel Luzón Peña. REUS. Madrid. 1976.
- SANCHEZ MALAGA CARRILLO, Armando. (2008). Limitaciones de un derecho penal de la exclusión. Plan de acción alternativo al derecho penal del enemigo. Tesis para optar por el grado de Abogado. Facultad de Derecho. PUCP. Lima 2008
- SANTIAGO NINO, Carlos. Derecho, Moral y Política. Ariel. Barcelona. 1994.
- SARTORI, Giovanni. "¿Qué es la democracia?". D.F. Taurus. México. 2003
- SCHULER, Max Ética Material de los Valores. EMESA. Madrid. 1979
- SCHMITT, Carl. Political Theology. MIT Massachusetts. 1985
- Seminario Nacional 25 Años de Feminismo en el Perú (16-17 set. 2004: Lima) "25 años de feminismo en el Perú: historia, confluencias y perspectivas". Flora Tristán: Heinrich Böll Stiftung. Lima. 2005
- THOMPSON, Kenneth. "Augusto Comte: los fundamentos de la sociología". Fondo de Cultura Económica. México. 1988
- TORETTI, Roberto. "Kant: estudio sobre los fundamentos de la filosofía crítica". Charcas. Buenos Aires.

1980

VALDEZ, Margarita. En Dilemas Éticos: "Aborto y anticoncepción en México: las actitudes y los argumentos de la iglesia católica". Fondo de Cultura Económica. México DF. 2001

VANNI ROVIGHI, Sofia. "Introducción al estudio de Kant". Editorial Fax. Madrid. 1948



Anexo 1

Perú defiende la vida 'No a la Despenalización del Aborto'

Por: Dr. Eduardo Oré Sosa quien es miembro alterno de la comisión revisadora del código penal.

A veces las formas en que aparecen algunas cosas dicen mucho de ellas. La propuesta para despenalizar el autoaborto y el aborto con consentimiento de la gestante —así, de manera libre, sin indicación o plazo de ningún tipo— fue presentada por la Dra. Rosa Mavila a la Comisión Especial Revisora del Código Penal del Congreso de la República. Semanas más tarde la misma comisionada modificó su propuesta inicial con relación al delito de autoaborto previsto en el artículo 114 del Código Penal vigente, proponiendo esta vez despenalizar este ilícito cuando se produzca antes de las doce semanas de gestación, siempre que se produzca en circunstancias derivadas de precariedad económica, de las condiciones en que ha sobrevenido la concepción, o factores de edad, sociales o familiares. Ahí no queda todo. A la semana siguiente, para más señas, el mismo día en que se iba a debatir y votar las propuestas sobre uno de los delitos que genera más polémica en nuestro texto punitivo, nuevamente se nos alcanza la propuesta de la Dra. Rosa Mavila con ciertas modificaciones a los artículos 119 y 120, donde se regula el aborto terapéutico, el eugenésico, el aborto por violación y otros.

Pero si ya esto puede dar alguna idea del rigor con que la referida comisionada trabajó este tema, faltaba mencionar que en la misma sesión donde se debatió y votó este importante asunto, la Dra. Rosa Mavila renunció a gran parte de sus propuestas,

“allanándose” a las presentadas por el Profesor Dr. Víctor Prado Saldarriaga. Propuesta de este último que, seguro por sus labores como Magistrado Supremo y docente, no pudo hacérsela llegar antes. Todo esto, desde luego, quedará en el terreno de lo anecdótico. Fuera de ello, hay puntos importantes que consideramos deben ser abordados.

Una cosa es despenalizar el aborto (señalar que no es punible en determinados casos), y otra muy distinta considerar que se trata de un comportamiento valorado positivamente por el ordenamiento jurídico. Por más que algún día se llegara a despenalizar el aborto por violación y el aborto eugenésico (cosa que no creemos, ni deseamos), acabar con la vida del concebido jamás podrá ser considerado un derecho de la madre gestante. No hay, pues, tal derecho a abortar, como se han apresurado a sostener algunos grupos feministas.

Esto es fácil de apreciar con un ejemplo. ¿Podría válidamente sostenerse que los hijos tienen el derecho de birlar la billetera de sus padres, sólo porque no son reprimibles los hurtos entre ascendientes y descendientes (art. 208 del Código Penal)? ¿De pronto los ciudadanos tienen derecho a robar pan y fruta de los supermercados porque el sistema penal considere inconveniente perseguir los delitos de bagatela?

El aborto por violación y el aborto eugenésico, en este sentido, siempre constituirán comportamientos valorados negativamente por el ordenamiento jurídico, pues atentan contra un bien jurídico de máxima importancia en cualquier sociedad regida bajo los cánones de un Estado democrático de Derecho: el derecho a la vida. Sin el respeto del derecho a la vida —que según la Convención Americana de Derechos Humanos, la Constitución, el Código Civil y el Código de los Niños y Adolescentes se protege desde el momento de la concepción—, los demás derechos pierden sentido.

Se dice que la vida no es un derecho absoluto. Desde el punto de vista del Derecho penal eso no se discute, está sumamente claro: basta citar la legítima defensa y el estado de necesidad exculpante (este último con el clásico ejemplo de la Tabla de Carneades, donde un náufrago mata a otro con el fin de hacerse de la tabla que sólo puede soportar el peso de uno, para así salvarse) como supuestos donde ese acto de matar no genera responsabilidad penal. Y entendemos que cuando el Dr. Víctor Prado propone despenalizar el aborto eugenésico y el aborto por violación no niega el desvalor de la conducta (hay merecimiento de pena), pero seguro considera que desde el punto de vista político criminal no hay necesidad de pena. Como los casos arriba señalados de los hurtos entre padres e hijos, o los delitos de bagatela, donde se estima innecesaria la intervención del Derecho Penal. ¿Pero vale aplicar ello cuando ya no hablamos del bien jurídico patrimonio, sino de la eliminación dolosa de una vida humana?

Lo peor de todo esto es que se han juntado supuestos totalmente diferentes, a saber, el aborto terapéutico —en el que corre peligro la vida de la madre— con el aborto eugenésico y el aborto por violación. Uno podría entender que los hospitales del Estado se ocupen del primer caso, evidentemente tratando de salvar la vida de ambos (madre gestante y concebido), ¿pero cómo pedir que dinero del Estado se invierta en prácticas que suponen acabar con vidas humanas?

Peor aún si se abre la puerta para la eliminación impune de seres humanos cuando sea “probable” que nazcan con determinadas enfermedades o malformaciones. Desde luego todos deseamos tener hijos sanos y fuertes, pero lo que no se puede permitir en un Estado de Derecho es la eliminación de una vida humana porque exista la posibilidad de que el niño nazca enfermo o discapacitado, o porque le aguarde una situación de pobreza. No podría haber mayor discriminación, pues a ellos les depararía una menor protección.

Por otro lado, la violación sexual es un hecho sumamente traumático para la víctima. Eso es indudable. Pero un enfoque victimológico, reiteradamente invocado por la Dra. Rosa Mavila, también debe tener en cuenta a esa otra víctima inocente que es el concebido. A esa vida en gestación no se le puede despojar de su condición humana para, a continuación, tratarlo como un objeto desechable. Más aún si el aborto en sí no sólo no ayuda a la recuperación de la víctima de violación, sino que le añade el trauma de la práctica abortiva. Es decir, al trauma de la violación se le añaden dos males: la muerte de una vida inocente y el trauma del aborto.

Aquí no se trata de un cuestionamiento moral (que también lo tenemos, desde luego), sino de un cuestionamiento esencialmente jurídico. No estamos ante la consideración de un método anticonceptivo, sino ante la intención de despenalizar prácticas abortivas, es decir, la muerte de seres humanos. Asimismo, la Dra. Rosa Mavila sostiene que las altas cifras de mortalidad materna por prácticas abortivas clandestinas constituyen un argumento en favor de la despenalización. Con esto se olvida a la víctima principal del delito de aborto: el concebido. No existe norma internacional alguna que obligue al Estado peruano a despenalizar el aborto (lo que se viene presentando son algunos documentos que tienen el valor de recomendaciones generales), pues el justo reconocimiento de los derechos de la mujer jamás podrá ser interpretado en el sentido de concederle un señorío sobre la vida de otro ser humano. Tampoco nos parece un buen argumento que algunos países del entorno (no casi todos, como sostuvo el Dr. Víctor Prado) hayan despenalizado estos supuestos. Que en otros países se acabe impunemente con la vida de seres humanos inocentes no tiene porqué obligarnos a hacer lo mismo.

¿Qué decir, finalmente, de aquella madre que mata a su hijo menor de un año sólo porque éste tiene alguna discapacidad, fue producto de una violación o porque vive en una situación de miseria? Ciertamente, matarlo constituiría un grave delito... pero no tiene por qué dejar de serlo, cuando se le mata antes de que nazca.

Anexo 2

Comentarios al Proyecto de Reforma de la Dra. Rosa Mavila León:

El delito de aborto

Dr. José Antonio Caro John

Doctor en Derecho por la Universidad de Bonn (Alemania).

I. Sobre los aspectos generales de la propuesta

La “propuesta minimalista” denominada de ese modo por la propia Dra. Rosa Mavila está orientada a despenalizar el aborto del Código penal. En este sentido puede apreciarse de modo general hasta tres argumentos subyacentes a dicha propuesta, que para el presente comentario convenimos en denominar del siguiente modo:

- a) En primer lugar, un argumento de corte *empírico*, basado en la estadística sobre la mortandad materna a causa del aborto, a partir de la cual las cifras altas del aborto clandestino dan cuenta que este fenómeno es la tercera causa de muerte materna. A partir de esta constatación matemática habría una razón para exigir que sea el propio Estado el que asegure la interrupción del embarazo en los servicios públicos de salud.
- b) En segundo término, un argumento *ideológico*, de “equidad de género”, en virtud del cual la despenalización del aborto busca superar la discriminación de que es objeto la mujer de escasos recursos económicos en nuestra sociedad que se ve obligada a arriesgar su vida mediante la práctica clandestina del aborto en condiciones precarias de salubridad; contrario sensu, las mujeres con mayor poder económico pueden practicarse el aborto sin poner en peligro su vida e integridad corporal.
- c) En tercer lugar, un argumento *retórico*, esto es, del discurso persuasivo carente de sentido jurídico, que es preferible transcribir textualmente: “sólo la mujer puede decidir sobre un asunto que concierne directamente a su cuerpo y a su salud, ese asunto personalísimo no se encuentra en el ámbito de decisión, ni de la Iglesia ni del Estado”. Asimismo, “la penalización del aborto no salva fetos pero sí mata mujeres”.

Estos son los argumentos centrales que a nuestro juicio cabe identificar en las cuestiones generales que anteceden al Anteproyecto. Por tanto, es predecible que la regulación de las propuestas de despenalización y modificación “minimalista” de los tipos penales vigentes del aborto ha de concretar el contenido de los argumentos antes mencionados. Y luego de revisar la configuración de los tipos penales según el Anteproyecto se constata lo acabado de afirmar.

Sin embargo, todos estos argumentos adolecen de lo esencial que debe acompañar a toda propuesta de penalización como de despenalización: no reflejan la *identidad normativa* de la sociedad de nuestra época ni captan el tratamiento normativo del arraigado espíritu del aborto en los ordenamientos jurídicos contemporáneos.

En efecto, una legislación se legitima en la medida que capte e incorpore en su configuración típica la identidad normativa de la estructura social. Pero no se trata de una estructura fáctica, sino normativa, la misma que es el producto de un largo proceso de evolución, de institucionalización y afianzamiento de los derechos fundamentales en la consciencia colectiva, de manera que, por ejemplo, aun cuando alguna persona del colectivo no reconozca un derecho fundamental como suyo, rige igualmente dicho derecho fundamental para ella. Esa persona es beneficiaria de ese derecho fundamental, porque precisamente la identidad normativa del derecho está sustraída a las preferencias y disquisiciones individuales, pero siempre y cuando se trate de un derecho fundamental incorporado a la configuración normativa de la estructura social.

Esto ocurre sin más con los derechos fundamentales del feto, cuya institucionalización y consolidación en los modernos Estados Constitucionales de Derecho es el resultado de un proceso de evolución. Es así cómo hoy por hoy la protección de los derechos del feto, entre ellos, su derecho a vivir, forma parte de la identidad normativa de la estructura social. Y por mucho que la facticidad o el empirismo diga lo contrario, por ejemplo, que la estadística sobre la mortandad materna a causa del aborto justifica la interrupción del embarazo para salvar más vidas de las madres, la vigencia del derecho a vivir del feto rige contrafacticamente y de modo ininterrumpido. Por esta razón, toda legislación que pretenda arremeter contra el espíritu del tiempo arraigado en la identidad normativa de la estructura social está condenada al fracaso. ¡No hay cómo negarle un derecho a vivir del feto! No, al menos en nuestra época. La legitimación de un derecho fundamental se produce entonces de manera histórico-social y no empírica.

Tampoco una legitimación acontece porque una ideología así lo señale. Que la actual punición del aborto dé cabida a que, por lo general, las mujeres de escasos recursos se conviertan en los principales sujetos activos del delito y no así las de mayores recursos económicos es una opinión que depende tan sólo del cristal por dónde se quiere ver las cosas. La ideología de la “discriminación” no pasa de ser eso, una ideología, es decir, la representación de una realidad que incomoda por lo que se la quiere cambiar para estar acorde una representación deseada donde no esté presente ningún elemento de incomodidad. Las normas del Código penal son una síntesis de expectativas normativas de conductas que rigen a pesar que un sector de la sociedad no las reconozca como válidas en función de una ideología. Si tuviese que despenalizarse el aborto tan sólo porque a causa de su prohibición en la práctica clandestina mueren más mujeres de escasos recursos, entonces al llevar esta ideología a la coherencia habría también que despenalizar el delito de robo agravado porque quienes más lo cometen son los sujetos pobres. La protección del derecho a vivir del feto no puede flexibilizarse para descargar de imputación de un grupo de personas que lo practican con mayor frecuencia por razones índole económicas. Sencillamente: ¡Está prohibido privar el derecho a vivir a un feto sin razón jurídico-penalmente válida! De allí que la única razón válida –pero sólo por un estado de necesidad exculpante– se aprecia en la no punición del aborto terapéutico.

De otra parte, el Anteproyecto esgrime como elemento general de legitimación de la despenalización del aborto un argumento que hemos convenido en denominar *argumento retórico*, sin más. Es retórico porque a lo sumo aporta un contenido de

persuasión o de conmoción, mas no el argumento de una razón jurídico-penalmente relevante. En efecto, afirmar que la mujer puede abortar porque ella puede hacer todo lo que desee con su cuerpo, incluyendo la privación del derecho a vivir del feto, es revelarse contra el arraigado espíritu normativo plasmado en la estructura social de los ordenamientos contemporáneos, el mismo que en el Perú se ve reflejado claramente en la Constitución Política, en el art. 2, inc. 1, al proclamar que el “el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”. Naturalmente, dentro de todo lo favorable al concebido su derecho a vivir se ubica en primera línea.

En el cuajado espíritu de la estructura social vigente el feto goza de derechos fundamentales. Tiene derecho a la vida con las mismas prerrogativas y limitaciones de un adulto. Por ejemplo, está prohibido matar a una persona, salvo que acontezca una situación de necesidad que permita afectar su vida, como ocurre en el caso del estado de necesidad exculpante (art. 20, inc. 5 del Código penal). Esta misma situación rige en el caso del aborto terapéutico (art. 119 del Código penal). Pero, asimismo, el feto tiene derecho al honor, que prohíbe, por ejemplo que alguien lo difame ante un medio de comunicación tildándolo de “bastardo”. Entonces, no es necesario que nazca viva la persona para recién reconocerle un derecho al honor. En la misma línea, el feto tiene derecho a una herencia, y, si, por ejemplo, hereda una fortuna, tiene incluso el deber de tributar. Y podríamos seguir enumerando una serie de derechos fundamentales del feto. Queda claro entonces que el feto no es un miembro más del cuerpo de la madre al que ella puede decidir amputar cuando desee. El feto es sujeto de derecho, y, como tal, tiene una autonomía a partir del cual el ordenamiento jurídico está legitimado para incluirlo dentro de los alcances de una protección jurídica.

Las consideraciones precedentes permiten ver con mayor claridad que la opinión “la penalización del aborto no salva fetos pero sí mata mujeres” es pura retórica. Esta opinión desconoce que el Derecho penal no repara bienes, no devuelve la vida al muerto, no salva la propiedad frente a los atentados terroristas, sino, tan sólo reafirma mediante la pena la vigencia y validez del derecho lesionado por el delincuente. Si la función del Derecho penal consistiría en salvar los bienes, entonces el Derecho penal siempre estará condenado a llegar tarde: después que la vida se perdió, luego que la propiedad quedó reducida a los escombros. Por tanto, ¿para qué Derecho penal? Sin embargo, ese no es el sentido ni la función del Derecho penal conforme a la estructura social vigente. El Derecho penal cumple la función de estabilizar los contactos sociales, aporta mediante la pena una prestación a favor de la confirmación de la vigencia de los derechos. Es por eso que el derecho a vivir del feto está garantizado mediante la pena, de tal forma que a pesar que fácticamente se cometen diariamente los abortos, el derecho a vivir de los fetos sigue vigente, no pierde validez en la medida que su vigencia se compagina con la institucionalización de la protección de los derechos fundamentales del feto, los mismos que están plasmados en la estructura social y la Constitución Política.

II. Los tipos penales en particular

1. Autoaborto (art. 114 del Código penal)

La propuesta de la Dra. Mavila León es abolir este artículo del Código penal. Con ello prácticamente quedaría fuera del Derecho penal la punición del tipo básico del aborto que penaliza la acción de la madre que se produce a sí misma el aborto o consiente que otro le practique.

A nuestro juicio la propuesta abolicionista no puede ser aceptada, por las razones expuestas en el apartado anterior. Forma parte del espíritu de la época la protección

del derecho a vivir del feto, por consiguiente, el Código penal no puede ir contra dicho espíritu porque, de lo contrario, si despenaliza el aborto, no sería un Código con legitimación social e histórica, máxime cuando el proceso de institucionalización contemporáneo ha consagrado los derechos fundamentales del feto en las Constituciones de los Ordenamientos Jurídicos del entorno cultural romano-germánico en el que se inserta nuestra Ley fundamental, siendo uno de sus derechos fundamentales precisamente el derecho a vivir.

Tal como hemos dicho, una legislación no se legitima ni con argumentos empíricos, ni ideológicos, ni retóricos, sino con argumentos histórico socio-normativos que dejar ver reflejados en las normas la identidad normativa de la sociedad. Y no cabe una vuelta atrás: el derecho fundamental a la vida del feto forma parte de la identidad normativa de la sociedad peruana de nuestros días, se trata de un hito que marca una consagración en los progresivos reconocimientos de los derechos fundamentales en las estructuras sociales de las sociedades contemporáneas.

Sí cabe proponer una mejora a la redacción típica del articulado del Código penal vigente, sobre todo para otorgarle una coherencia con las modernas estructuras de imputación de nuestra época, que prácticamente abandonan por completo el pensamiento naturalista de la “causalidad” como fundamento de la imputación. Por esta razón, sería preferible reemplazar la acción típica de “causar” por otro elemento conceptual más acorde con la teoría de la imputación, por ejemplo “producir”. Igualmente sería favorable reemplazar el sujeto activo “mujer” por “gestante”, toda vez que sólo la gestante puede ser objeto de imputación. El tipo penal muestra así una imagen des-ontologizada, que se compagina con el pensamiento de la moderna imputación jurídico-penal.

La propuesta sería del siguiente modo:

“La gestante que produce su aborto, o consiente que otro se lo practique, será reprimida con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.”

2. Aborto consentido (art. 115 del Código penal)

En este artículo se aprecia una concesión hecha por la Dra. Mavila León a favor de la punición del aborto. Esto es, se decanta por la punición del aborto, pero circunscrito en estricto a dos supuestos: a) cuando el aborto es practicado en condiciones deficitarias de salud que incrementa el riesgo para la salud de la gestante, y, b) cuando es practicado con un ánimo de lucro.

Esta propuesta contradice la abolición del delito de autoaborto. Si el aborto consentido no es punible, entonces debería dar lo mismo si quien lo practica lo hace en condiciones de insalubridad o con fines de lucro. En virtud del principio de accesoriedad de la participación, vigente en nuestro Derecho penal, si el autor o sujeto principal no es punible, por ser dueño de su consentimiento, entonces el partícipe o sujeto secundario debería correr la misma suerte de impunidad. Sin embargo, mediante el solitario castigo del tercero que practica el aborto (y no de la madre que consiente), la Dra. Mavila León está construyendo la punición de una participación autónoma, lo cual chocha frontalmente con la decantada accesoriedad de la participación de la Parte General del Código penal.

Sin embargo, este problema dogmático se supera si se castiga tanto a la madre que consiente el aborto, como al tercero que lo practica. En el caso de la madre que consiente, la técnica legislativa le ha otorgado un tratamiento aislado en el art. 114 del Código penal. Quedaría de este modo reservado para el art. 115 el castigo del partícipe necesario, de manera independiente. Esta técnica legislativa no quiebra el principio de accesoriedad, puesto que se basa en el reconocimiento de un autor principal (la madre) y de un partícipe necesario (quien practica el aborto). No cabe reconocer una coautoría por cuanto el “sí del hecho” o la “última palabra” la tiene sólo la madre al prestar su consentimiento, con lo cual, ambos sujetos no están en la misma relación horizontal.

Al texto propuesto cabe hacer unas modificaciones:

- Normativizar los elementos conceptuales del tipo, por ejemplo, reemplazar la acción “causar” por “producir”.
- Precisar las agravantes basadas en los dos supuestos reconocidos por la Dra. Mavila León, es decir, las circunstancias de las condiciones deficitarias donde se practique el aborto y el ánimo de lucro de quien lo practica.

La propuesta quedaría del siguiente modo:

“El que produce el aborto con el consentimiento de la gestante, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

Quando el aborto se practica en condiciones clandestinas y deficitarias de salud o con fines lucrativos, la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

Si sobreviene la muerte de la mujer y el agente pudo prever este resultado la pena será no menor de tres ni mayor de seis años”

3. Aborto no consentido (art. 116 del Código penal)

Coincidimos con la Dra. Mavila León en penalizar esta conducta, pero no consideramos razonable la atenuación que propone a la circunstancia agravante por muerte sobreviniente de la gestante de cinco a ocho años de pena privativa de libertad. La pena establecida en el Código penal vigente para este delito, de cinco a diez años, debería ser incluso aumentada en el límite inferior a seis años como reacción adecuada frente a la conducta delictiva.

El incremento de la pena se fundamenta en que esta forma de conducta delictiva, dolosa en sí misma, además de privar directamente el derecho a vivir del feto, puede ocasionar irreversibles lesiones físicas y psíquicas en la gestante.

En la misma línea argumentativa proponemos incrementar la pena del tipo básico cuyo marco punitivo sería de cuatro a ocho años de pena privativa de la libertad.

Manteniendo el sentido jurídico de los artículos anteriores proponemos reemplazar la palabra “mujer” por “gestante” a fin de dar uniformidad a la normativización de los tipos penales.

La propuesta sería del siguiente modo:

“El que hace abortar a una gestante sin su consentimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años.

Si sobreviene la muerte de la gestante y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de seis ni mayor de diez años.”

4. Aborto agravado por la cualificación del sujeto activo (art. 117 del Código penal)

La propuesta de la Dra. Mavila León incide en agravar la pena sólo para el caso del profesional de salud que practique un aborto no consentido.

A nuestro modo de ver no hay razones para restringir la agravante sólo para el aborto no consentido (art. 116 CP), por lo que es perfectamente aplicable a los supuestos del autoaborto (art. 114 CP) y el aborto consentido (art. 115 CP). En consecuencia, la agravante del vigente art. 117 del Código penal debe mantenerse en todos sus términos por cuanto sólo viene a añadir a la pena correspondiente la inhabilitación conforme al art. 36, inc. 4 y 8 del Código penal.

5. Aborto preterintencional (art. 118 del Código penal)

La propuesta de la Dra. Mavila León introduce un considerable incremento de pena al denominado aborto preterintencional motivado por los “contextos de violencia, confrontación social, a mano armada o empleando fuerza irresistible contra una mujer gestante”. Lo sorprendente es el marco de la pena propuesto: de seis a ocho años.

En realidad esta tipificación en los términos sugeridos por la Dra. Mavila León plasma un aborto en dolo eventual antes que un aborto preterintencional.

La preterintención manifiesta una violación del principio de culpabilidad, consagrado en el art. VII del Título Preliminar del Código penal, que proscribe la “responsabilidad objetiva” del Derecho penal. Detrás de toda “preterintención” se encuentra el viejo dogma del *versari in re illicita* que fundamenta una pena contra el infractor basada solamente en el puro resultado. La preterintención así es una mezcla de dolo-culpa donde el autor no tiene propiamente una intención dolosa de producir un resultado, pero se advierte un supuesto dolo cuando él se representó como posible el resultado, pero que lo ocasiona de modo culposo. De allí que se lo castigue prácticamente como un delito culposo. Siendo esto así, ¿para qué entonces una extraña regulación que no gradúa la responsabilidad penal del autor a la concreta subjetividad de la acción como fundamento a partir del cual medir la pena, sino, todo lo contrario, la ajusta al puro resultado? Entonces en la preterintención la acción comienza siendo dolosa y en algún lugar del camino –nadie sabe dónde– el resultado convierte en culposo. Pero en realidad no es que se haya vuelto culposo el resultado, sino hay que reconocer que estamos más bien frente a un delito culposo desde un comienzo hasta el final, el mismo que comenzó cuando el sujeto se representó como posible el resultado, que pudo haberlo evitado si hubiese puesto más diligencia con el cumplimiento del deber de cuidado.

La actual regulación del art. 118 del Código penal sí contempla un aborto preterintencional que comienza en el hecho del autor que “no tiene el propósito de causar el aborto”, aunque el mismo le es “notorio o le consta el embarazo”, y lo causa sin más.

En una **propuesta de *lege ferenda*** lo correcto a proponer en vez de una preterintención sería la introducción en el Código penal del *aborto culposo*. Se propone lo siguiente:

“El que por culpa produzca un aborto será penado con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas”.

Con esto no hace falta acudir a una mezcla de dolo-culpa porque si el hecho es doloso se sancionará bajo las reglas de la tipificación del aborto no consentido. Y si es culposo, precisamente, se propone para ello una novedosa tipificación que viene a cerrar el vacío de punibilidad de los casos cuando el resultado es el producto de la infracción de un deber de cuidado.

Habíamos dicho que la propuesta de la Dra. Mavila León sólo viene a plasmar típicamente una modalidad de aborto doloso, concretamente, de dolo eventual. En efecto, esto se aprecia cuando ella introduce como elemento subjetivo del tipo el “ocasionar intencionalmente un aborto” en contextos de violencia “siendo notorio o constándole el embarazo” proponiendo a continuación la penalidad. Como se puede ver, una regulación en estos términos sólo es una repetición con nuevos datos fenomenológicos del aborto no consentido. La diferencia con el Código penal vigente estriba en que el actual art. 118 CP exige que el autor ocasione el resultado “sin haber tenido el propósito de causarlo” (por eso es preterintencional, porque causa un resultado no deseado, respondiendo el autor por el puro resultado).

Siendo esto así, no necesitamos reformar el art. 118 CP en los términos planteados por la Dra. Mavila León, sino reemplazarlo por la nueva tipificación del delito aborto culposo cuyo tenor ha sido anotado arriba.

6. Aborto terapéutico no punible (art. 119 del Código penal)

Contrario a la sugerencia de la Dra. Mavila León, de eliminar este artículo del Código penal por cuanto no es punible, sí consideramos necesaria su permanencia en el Código penal, por cumplir una función de prevención general positiva en virtud del cual el Código penal envía un mensaje comunicativo y educativo a la sociedad de informarle que esta modalidad de aborto no es punible y que, de presentarse este caso, la gestante tiene la absoluta libertad y legitimación de acudir a los hospitales y centros de salud en general donde se le podrá practicar el aborto de manera lícita.

Estamos así ante un supuesto de regulación expresa de un estado de necesidad exculpante (art. 20, inc. 5 CP), donde por razones de inexigibilidad de otra conducta se exculpa a la madre que consiente la práctica del aborto cuando es practicado por un médico y sea el único mecanismo para salvarle la vida. No estamos ante un caso de estado de necesidad justificante porque no existe un interés preponderante sobre otro: el derecho a vivir de la gestante no es más valioso que el derecho a vivir del feto. El ejemplo paradigmático que se trae a colación es el de la “tabla de Karneades”, propuesta por el filósofo Pufendorf, donde después del hundimiento de un barco en alta mar dos naufragos sólo contaban con una tabla para salvarse, pero la tabla sólo podía sostener a una persona. Como era de imaginar, uno de ellos mató al otro para

salvarse. Dogmáticamente ante la concurrente situación de necesidad del contexto, al autor no puede exigírsele otra conducta, de manera que la situación fundamenta la exclusión de su culpabilidad.

Por estas consideraciones, es rechazable de plano la sugerencia de la abolición de este artículo del Código penal. La propuesta a mantener quedaría del siguiente modo:

“No es punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la gestante o de su representante legal, si lo tuviere, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente.”

7. Aborto sentimental. Aborto eugenésico o aborto de feto anencefálico (art. 120 del Código penal).

La Dra. Mavila León propone la despenalización del vigente art. 120 CP. En nuestra opinión sí cabe la despenalización pero solamente parcial, en el caso concreto del denominado “aborto eugenésico o aborto de feto anencefálico”, cuando existe la comprobación científica de que la base psicobiológica sobre la que se ha de estructurar la personalidad está reducida a una incapacidad comunicativa absoluta. Por ejemplo, el caso del feto con malformaciones congénitas cerebrales que al venir al mundo esté condenado a vivir por muy poco tiempo, pero vivir no como persona, sino como un puro sistema psicofísico que respira y nada más. Al igual que el aborto terapéutico sí es necesaria su regulación en el Código penal para romper con el misticismo y clandestinidad de estas prácticas. La función de prevención general positiva de las normas se plasma en el hecho de que las mismas envían un mensaje comunicativo a la sociedad de que sus derechos están salvaguardados por el Derecho penal. En el mismo nivel de valoración, la sociedad, en particular la madre que tiene dentro de su vientre a un ser con malformaciones anencefálicas, tiene derecho a optar –no es una obligación– por el aborto.

No ocurre lo mismo con el aborto sentimental cuando la causa es la violación sexual, o la inseminación artificial no consentida, puesto que el cumplimiento de las normas está sustraído a las opciones, preferencias y peculiaridades individuales de las personas. Sí más bien la circunstancia de la violación y la inseminación artificial consentida debe servir de base para una atenuación de la pena, de allí que la tipicidad de este delito contemple una pena cuantitativamente menor que los demás delitos de aborto. En este contexto nos parece un absurdo que el vigente Código penal exija que la violación sexual y la inseminación artificial acontezcan necesariamente fuera del matrimonio para beneficiarse del privilegio de la atenuación del delito. No hay razón alguna para seguir manteniendo este supuesto porque con ello sólo se victimiza doblemente a la mujer que ha sido víctima de una violación sexual o de una inseminación no consentida por parte de su marido. No obstante, consideramos necesario incrementar la pena a un año para que la norma pueda tener una validez real y no meramente simbólica, cumpliéndose así la función de prevención general positiva.

La propuesta quedaría del siguiente modo:

“El aborto será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual o inseminación artificial no consentida, siempre que los hechos hubieren sido denunciados o investigados cuando menos a nivel policial.

No es punible el aborto cuando es practicado ante la probabilidad que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico especializado”.

Resumen:

Contrapropuesta a la reforma planteada por la Dra. Rosa Mavila León

1. Autoaborto (art. 114 del Código penal)

“La gestante que produce su aborto, o consiente que otro se lo practique, será reprimida con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.”

2. Aborto consentido (art. 115 del Código penal)

“El que produce el aborto con el consentimiento de la gestante, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

Cuando el aborto se practica en condiciones clandestinas y deficitarias de salud o con fines lucrativos, la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

Si sobreviene la muerte de la mujer y el agente pudo prever este resultado la pena será no menor de tres ni mayor de seis años”

3. Aborto no consentido (art. 116 del Código penal)

“El que hace abortar a una gestante sin su consentimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años.

Si sobreviene la muerte de la gestante y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de seis ni mayor de diez años.”

4. Aborto agravado por la cualificación del sujeto activo (art. 117 del Código penal)

Se propone mantener el sentido del texto vigente.

5. Aborto culposo (art. 118 del Código penal)

“El que por culpa produzca un aborto será penado con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas”.

6. Aborto terapéutico no punible (art. 119 del Código penal)

“No es punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la gestante o de su representante legal, si lo tuviere, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente.”

7. Aborto sentimental. Aborto eugenésico o aborto de feto anencefálico (art. 120 del Código penal).

“El aborto será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual o inseminación artificial no consentida, siempre que los hechos hubieren sido denunciados o investigados cuando menos a nivel policial.

No es punible el aborto cuando es practicado ante la probabilidad que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico especializado”.

